

BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

30-31

1921

STUDI
IN MEMORIA DI GIOVANNI ROTONDI

ANNO XXX

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

1921



K

9

S45

anno

30-31



GIOVANNI ROTONDI

Tra gli uomini che in questi anni dolorosi chinarono la fronte per non più risollevarla, era sullo scorcio del 1918 uno studioso giovane di età, ma di spirito maturo, la miglior forza tra i cultori del diritto nella nuova generazione, Giovanni Rotondi. Tornato per le ferie natalizie nella tranquilla pace domestica, a Gorla Minore, dove i suoi cari adorati, padre, madre, fratelli, si facevano una festa di rivederlo, fu colto dalla funesta malattia dominante, la febbre spagnola, e spirava il 17 dicembre, mutando la letizia dei suoi cari in angoscia profonda.

Lo spegnersi di questa giovane esistenza non immerse nel lutto soltanto la sua desolata famiglia, ma i suoi maestri, cui era caro come il più diletto figlio spirituale, e quanti lo conobbero nelle varie sedi universitarie, che egli percorse nella breve ma pur così ricca e luminosa vita universitaria. Nel campo dei nostri studi egli lascia un vuoto reale, non metaforico, che non c'è ora speranza di colmare; nella memoria di tutti un ricordo perenne di elevatezza spirituale e di squisita bontà d'animo, doti degli uomini nati non per alti onori, ma per alte cose.

Ancora ci par di vederlo qual era, rievocando con tristezza ineffabile la sua immagine cara e buona: un uomo intero, uno scienziato pieno di fervore di lavoro, di profonda e composta idealità, dotato di una rettitudine scientifica, che pochi possono eguagliare e nessuno superare, di una sincera e commovente modestia, di una subordinazione unica a quello che egli considerava il proprio dovere, sentimenti che trasparivano dalla sua alta, austera, simpatica figura e informavano la sua vita e le sue opere.

Era nato a Milano il 17 febbraio 1885. Quivi trascorse i primi anni dell'infanzia. Indi, fanciullo ancora, seguì i genitori trasferitisi a Gorla Minore. Fu questa forse per la formazione del suo carattere e la piega del suo ingegno una singolar fortuna. Nella quiete idillica di una sede tranquilla, ma prossima al più gran centro di vita e di lavoro in Italia, nella modesta e simpatica casa dei suoi cari, sui margini della campagna, tra i suoi libri, il verde lontano e le piante del suo giardino, egli crebbe puro, leale, laborioso, educato in santi pensieri e sante opere. Ambiente veramente ideale: padre, madre, fratelli, uniti in una tenerezza soave e commovente e in una religiosa intimità circondata dal rispetto e dall'affetto del paese, ove il padre esercitava la professione di medico. Si sentiva che in quella famiglia poteva crescere e formarsi Giovanni Rotondi.

Nel R. Collegio di Gorla Minore frequentò tutti i corsi elementari e secondari e fin d'allora le sue ricche doti di ingegno e la sua costante applicazione gli meritavano l'ammirazione dei suoi maestri e i maggiori onori con cui una ben nata puerizia può far bene sperare di sè: segnalazioni, premi, licenza d'onore. Nel 1903 fu ammesso nel collegio Borromeo e iniziò gli studi universitari nella R. Università di Pavia.

Gli attuali maestri di quella Università non ricordano miglior allievo di lui. Nel diritto e nell'economia, negli studi di diritto pubblico e di diritto privato egli eccelleva quasi in modo eguale e per lungo tempo parve incerto a quale delle due branche fondamentali e così distinte del diritto si sarebbe applicato. Chi scrive ebbe la fortuna di vederlo volgersi alla scienza del diritto romano. Parallelamente agli studi di diritto e alle copiose letture, con cui allargava la sua mente e la sua coltura nel campo storico e filologico, egli coltivò con speciale amore lo studio delle lingue. Alla cognizione del tedesco e dell'inglese, che egli imparò ancora studente ginnasiale, aggiunse negli anni universitari quella dell'ebraico e dello spagnuolo, e negli ultimi anni apprese - sempre da sè - il russo; tacendo di altre lingue, di cui ebbe pure cognizione, come il portoghese e l'olandese, e di altre ancora, di cui, come l'arabo e l'armeno, aveva superato almeno i primi rudimenti. I grandi nomi della

letteratura mondiale, Cervantes, Milton, Goethe, Tolstoj gli erano familiari nella loro lingua nativa.

Il 3 luglio 1907 egli si laureava a Pavia. Il 15 gennaio 1912 in seguito a concorso egli cominciava la sua carriera nell'Università di Camerino come professore straordinario di diritto romano con l'incarico della storia del diritto romano; donde passò nello stesso anno (30 ottobre 1912) come professore straordinario di storia del diritto romano all'Università di Perugia. Quivi fu anche supplente per il corso di diritto civile, venne incaricato di un corso complementare di diritto pubblico romano, e nel 1914 gli fu, in via d'eccezione, con plauso, conferito il grado di ordinario. Il 15 gennaio 1915, sempre in seguito a concorso, fu nominato all'Università di Messina, dove era promosso ordinario nel luglio 1918. Dovunque egli raccolse col plauso degli allievi sentimenti di ammirazione e di affettuosa deferenza dei colleghi, che ne riconoscevano senza gelosia la superiore tempra di studioso. È morto, quando, cresciuta in più larghe sfere la stima per l'uomo e lo scienziato, parecchie Università se lo contendevano, e a più di una cattedra di diritto romano o di diritto civile egli sarebbe stato chiamato, poichè egli era romanista e civilista a un tempo stesso, ossia romanista nel pieno senso della parola.

In tutti i suoi scritti il Rotondi si propose di non mai disgiungere i rilievi analitici dalla valutazione storica complessiva, che sola permette di controllare la bontà del risultato. Pur giovandosi, come nessuno poteva meglio di lui, di ogni sussidio filologico, il maggior risalto è dato sempre all'aspetto giuridico dei problemi. Per natura e per alto rispetto alla dignità della scienza egli usò imporsi un riserbo, una misura, che vanno forse a scapito di una non difficile ostentazione di novità; la cura di conoscere e valutare lo stato della dottrina, lo scrupolo di metterne in evidenza i rapporti, anche indiretti e virtuali, coi punti di vista nuovi da lui sostenuti in ciascuno scritto, di non dissimulare gli ostacoli e i punti meno sicuri, la costante cautela adoperata per non eccedere nelle conclusioni al di là di premesse largamente documentate, se allo spirito del lettore superficiale gli scemano il vanto dell'originalità, di

fronte ai più seri studiosi imprimono ai suoi scritti un suggello scientifico, e, oserei dire, un incanto morale, che aumenta il piacere e il profitto della lettura.

Nei suoi primi studi sul deposito, riallacciandosi alla sua tesi di laurea, il Rotondi intese chiarire alcuni punti della dottrina e vi riuscì felicemente, specie quanto alla determinazione più precisa della data di origine delle due formule, *in factum* e *in ius*, e alla evoluzione subita dal criterio-base della misura di responsabilità. Un altro gruppo di lavori egli dedicò a punti vari di questo problema della responsabilità contrattuale, preparando così gli elementi per una ricostruzione generale, che diviene di giorno in giorno più necessaria e che egli ci avrebbe senza dubbio fornito: così per l'*actio fiduciae* egli poneva in evidenza come una serie di indizi renda verosimile che il diritto classico limitasse la responsabilità al dolo, riuscendo in tal modo a eliminare storicamente la vecchia controversia sulla condanna infamante per colpa; così per l'*heres tutoris* egli dimostrava che la sua posizione anomala in diritto giustiniano non è che la sopravvivenza del regime classico, che vigea per esso come per il tutore. Nello studio *Dolus ex delicto e dolus ex contractu* è illustrata nelle sue manifestazioni e nei suoi moventi la singolare tendenza bizantina a regolare la trasmissibilità passiva delle azioni *ex contractu*, nel caso di dolo, sullo schema delle azioni *ex delicto*; teoria contro cui reagirono i compilatori del Digesto con interpolazioni tipiche.

Lo scritto sugli atti *in fraudem legis* ottenne il premio Ferrini del R. Istituto Lombardo: la teoria ivi sostenuta, che elimina la *fraus legi* dal diritto romano come figura autonoma, mostrandone la spuria derivazione medioevale, ha ripercussioni immediate anche nel diritto odierno e incontrò generale favore in Italia e in Germania.

Alcuni rilievi fondamentali in proposito erano già stati anticipati in una nota sui rapporti tra la *fraus legi* e la figura dello sviamento di potere, nella quale egli illustrava le ragioni che nel sistema del nostro diritto pubblico giustificano l'accoglimento di essa: un articolo posteriore completa la dimostrazione, sulla scorta specialmente delle fonti bizantine, e contro

alcuni dubbi avanzati mostra che la teoria della *fraus legi* è come tale estranea allo stesso diritto giustiniano.

Nel campo della storia delle fonti giustinianee il Rotondi si rivolse di preferenza alla parte finora meno studiata, il Codice.

Due note si occupano dei rapporti tra le due edizioni del Codice, ravvisando nel titolo I, 4 una novità del *codex repetitae praelectionis* e rilevando, con argomenti che incontrarono larga adesione, un caso in cui la medesima costituzione, 2 Cod. 5, 58, reca tracce distinte di interpolazioni riferibili a ciascuna delle due edizioni.

Nella prima parte di un lavoro di più vasta portata si studiano i rapporti tra il Codice gregoriano ed ermogeniano, in modo da sceverare nei singoli titoli del Codice giustiniano i contributi dell'uno e dell'altro, si dimostra la stretta dipendenza del Codice giustiniano dal gregoriano, precisando l'ordine generale e il metodo seguito nello spoglio e nella distribuzione dei materiali, la mole dei due antichi Codici, anche coi rilievi sticometrici, e la misura della loro utilizzazione.

In un altro studio, condotto pure con la stessa misura e con la stessa fine critica, il Rotondi espone le gravi difficoltà che si oppongono all'ipotesi del Peters (altro giovane ardente romanista travolto in questa bufera) sull'origine del Digesto, come reazione doverosa ed efficace contro la troppo facile accoglienza che quella ipotesi, veramente geniale nell'apparenza, aveva trovato.

Lo studio sulla *natura contractus*, sfruttando, sulle orme di Carlo Longo, un filone parallelo a quello della *natura actionis*, oltre al rilievo di alcune notevoli interpolazioni, si preoccupa soprattutto di lumeggiare la complessa teoria bizantina dei patti, mostrandone la influenza sullo sviluppo della dottrina contrattuale. Nel campo dei patti si svolge pure la monografia sul *pactum de non petendo*, ove è dimostrato come l'antitesi tra patto *in rem* e patto *in personam* serva ai compilatori per alterare radicalmente il regime della concessione della *exceptio* fatta all'erede, al fideiussore, al correo: regime imperniato nel diritto classico su basi per ciascuno dei tre casi nettamente distinte.

Cogli scritti sui ritrovamenti archeologici, sulle nuove tendenze giurisprudenziali per la repressione dell'usura, sull'azione di manutenzione del possesso, con la collaborazione al commento al Codice civile e al disegnato trattato dell'Athenaeum, il Rotondi diede anche prove non dubbie di attitudini spiccate nel campo nel diritto civile, al quale il romanista non può tenersi del tutto estraneo, sia per integrazione della sua cultura giuridica e delle sue attitudini didattiche, sia per cooperare in modo efficace al progresso del diritto patrio e della dottrina positiva.

La sua attività scientifica ha mostrato un progresso continuo di operosità e di perfezione. Pregevoli sono già i suoi primi lavori, specialmente i vari studi sul deposito e sulla frode alla legge, eccellenti gli scritti intermedi sulla *natura contractus* e sul *pactum de non petendo* nelle obbligazioni correali; ma i più recenti studi, come quelli sulla legge Aquilia e la genesi dell'art. 1151, sono indagini magistrali per la signoria del domma, dell'esegesi e della storia, per la larghezza della dottrina e delle vedute. Nell'ampio studio sull'*animus possidendi*, pubblicato nella presente collezione, gli studiosi di diritto potranno ammirare uno dei migliori frutti di questa nobile intelligenza e la più elegante e irresistibile soluzione di vessatissime controversie nel territorio così arduo del possesso.

Anche lavori che a primo aspetto sembrano di pura compilazione egli sapeva elevare e soprattutto rendere inestimabili con la sua elaborazione impareggiabile per metodo e severità scientifica. Tale è, ad esempio, l'esposizione delle leggi del popolo romano, frutto di tre anni di lavoro, con una completa bibliografia delle singole leggi e una critica acuta sulle più importanti di esse. La raccolta è coronata da una serie di studi accessori sulla legislazione comiziale, in cui si insegnano criteri nuovi e suscettibili di altre applicazioni, specialmente circa la valutazione quantitativa, necessaria come preliminare allo studio dei vari problemi attinenti. Essa costituisce una pubblicazione preziosa per i romanisti, che egli, anche dopo la stampa, teneva pur sempre al corrente con lo stato quotidiano della scienza

Come sarebbe desiderabile che questo compito venisse ere-

ditato da giovani romanisti! E noi lo speriamo bene, per quella idealità che, malgrado i duri tempi, ispira sempre i nostri studiosi; ed anche per altri lavori impiantati nutriamo fiducia di trovar dei continuatori. Ma quanti altri studi, quanti disegni irreparabilmente frustrati! Con vasti propositi la letteratura bizantina e patristica, greca e romana (aveva letto per intero la collezione latina del Migne e gran parte della greca) era stata spogliata da lui, e negli ultimi scritti (*La « derelictio servi », Gli scolii di Teodoro Balsamone, La codificazione giustinianea attraverso le fonti extragiuridiche*) se ne avevano già applicazioni particolari, eppure impressionanti.

Dopo lo studio e il culto della religione e della famiglia, che egli ebbe vivissimo, sua precipua inclinazione fu l'alpinismo. Questa gli fu cagione nel 1914 di un pericoloso accidente sulla Greina, che merita di esser ricordato in prova della sua serenità di spirito e della sua straordinaria forza d'animo. Per cinquant'ore egli resse abbandonato sulla neve, immobilizzato da contusioni, incerto del soccorso; all'arrivo dei suoi salvatori, egli li accolse con un pacato sorriso e, appena sollevatosi, il suo primo pensiero fu quello di prenderne la fotografia. Anche la musica era una sua gentile e grande passione. Ma soprattutto il rimpianto sincero, profondo, desolante, che lascia nel cuore dei suoi amici e compagni di lavoro, mostra come sapesse esser amico e avvincere l'affetto degli amici.

Un'alta e felice intelligenza, dotata di immensa forza di lavoro, temprata a grande serietà, che molto aveva dato e che più ancora prometteva di dare, ha cessato di operare per la scienza e per la patria; ma un cuore egualmente nobile e puro ha cessato di battere.

PIETRO BONFANTE.



SCRITTI DI GIOVANNI ROTONDI

1. *Natura e limiti dei poteri attribuiti al sindaco dall'art. 151 della legge com. e prov.*, nel « Municipio italiano », 1907, fasc. 22-29.
2. *Note sull'istituto dell'inabilitazione del prodigo*, nel « Monitore dei Tribunali », 1908, n. 42.
3. *Sul concetto di spese di pagamento a sensi dell'art. 1250 C. C.* (nota a sentenza) nel « Monitore dei Tribunali », 1908, n. 49.
4. *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, nella « Riv. ital. per le sc. giur. », XLV, 1908, fasc. 1.
5. Recensione dei *Digesta Iustiniani Augusti*, libri I-XXVIII, recogn. et edid. P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoja, nel « Monitore dei Tribunali », 1908, n. 46.
6. Recensione di: P. Bonfante, *Corso di diritto romano: La famiglia*, nel « Monitore dei Tribunali », 1908, n. 48.
7. *Appunti sul nuovo Codice civile svizzero*, nel « Monitore dei Tribunali », 1909, n. 5.
8. *La misura della responsabilità nell' " actio depositi "*, nell'Arch. giur., 3ª serie, XII, 1909, fasc. 6.
9. *Appunti sulla teoria romana del deposito*, nel « Filangieri », XXXIV, 1909, nn. 4-5.
10. Recensione di: P. F. Girard, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. di C. Longo, nel « Monitore dei Tribunali », 1909, n. 2.
11. Recensione di: G. Ottolenghi, *La frode alla legge e la questione dei divorzii fra italiani naturalizzati all'estero*, nel « Monitore dei Tribunali », 1909, n. 6.
12. Recensione di: C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, nella « Riv. di dir. civ. », I, 1909, p. 441-444.
13. *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, nel « Filangieri », XXXV, 1910, p. 641-670.
14. *I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro*, nella « Riv. di dir. civ. », II, 1910, p. 311-337.

15. Recenszioni di: F. Degni, *L'interpretazione della legge*; D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, nella « Riv. di dir. civ. », II, 1910, p. 890-898.
16. *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore* (Opera premiata dal R. Istit. Lomb. di Scienze e Lettere. Concorso della fondazione Ferrini), p. xi-227, Torino, Unione tipografico-editrice, 1911.
17. *Frode alla legge e sviamento di potere* (nota a sentenza), nel « Diritto commerciale », serie 2^a, III, 1911, p. 2^a, p. 326-333.
18. *Ricerche sulla produzione legislativa dei comizi romani*, nel « Filangieri », XXXVI, 641-658.
19. *Una nuova ipotesi in materia di "bonorum venditio"*, nel « Filangieri », XXXVI, 1911, p. 164-168.
20. *Natura contractus*, in questo « Bullettino », XXIV, 1911, p. 5-115.
21. *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, nella « Riv. di dir. civ. » 1911, p. 237-263.
22. *Intorno al carattere mobiliare delle azioni di società commerciali*, (nota a sentenza), nel « Diritto commerciale », serie 2^a, III, 1911, parte 2^a, p. 498-502.
23. Recensione di: C. Fadda, *Corso di diritto romano: Diritto delle persone e della famiglia*, nel « Filangieri », XXXVI, 1911, 391-398.
24. Recensione di: E. Albertario, *Il pegno della superficie nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, nel « Filangieri », XXXVI, 1911, p. 875-876.
25. "*Leges publicae populi romani*": elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani. Milano, Soc. Editr. Libr., 1912. — *Comitalis lex*, nella « Enciclopedia giur. ital. ».
26. *Papia lex e Papia civitas* (a proposito di un dubbio di accentuazione), nel « Filangieri », XXXVII, 1912, p. 344-348.
27. *La misura della responsabilità nell' "actio fiduciae"*, nella « Riv. ital. per le sc. giur. », LI, 1912, fasc. 1-2.
28. *La responsabilità dell' "heres tutoris" per fatto del suo autore*, in questo « Bullettino », XXV, 1912, p. 43-58.
29. *Appunti sulla "stipulatio rem pupilli salvam fore"*, Pavia, tip. Fusi, 1912.
30. *Note sulla tecnica dei compilatori del Codice giustiniano; La struttura e l'origine del tit. 1, 4*, nel « Filangieri », XXXVII, 1912, p. 543-554.

31. *La revisione del Codice svizzero delle obbligazioni*, nel « *Monitore dei Tribunali* », 1912, n. 9.
32. *Ancora sulla genesi della teoria della "fraus legi"*, in questo « *Bullettino* », XXV, 1913, p. 221-235.
33. *Sul modo di formazione delle Pandette (a proposito di una nuova ipotesi)*, nel « *Filangieri* », XXXVIII, 1913, p. 653-669.
34. *Di alcune riforme giustinianee relative al "pactum de non petendo"*, Perugia, Unione tipogr. cooperativa, 1913.
35. *Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni*, negli « *Annali Fac. Giur. Univ. di Perugia* », XXVII, 1913, fasc. 2.
36. Recensione di: P. Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, nel « *Filangieri* », XXXVIII, 1913, p. 550-553.
37. *Studi sulle fonti del Codice giustiniano*, in questo « *Bullettino* », XXVI, 1914, p. 175-246, con *Postille* a p. 359-360, e XXIX, 1918, p. 104-180.
38. *Teorie postclassiche sull' "Actio legis Aquiliae"*, negli « *Annali Fac. Giur. Univ. di Perugia* », XXVIII, 1914, p. 107-171.
39. *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane: l' "exceptio veluti pacti ex compromisso"* negli « *Annali Fac. Giur. Univ. di Perugia* », XXVIII, 1914, p. 223-238.
40. *La "derelictio servi" nel diritto giustiniano ultimo*, nei « *Rendiconti del R. Ist. Lomb. di scienze e lettere* », XLVIII, 1915, p. 720-732, fasc. 14-15.
41. *Problemi giuridici in alcuni scolii di Teodoro Balsamone*, negli « *Atti R. Accad. Torino* », L, 1915, p. 856-877.
42. Recensione di: P. Bonfante, *Scritti giuridici vari: I. Famiglia e successione*, nel « *Monitore dei Tribunali* », 1916, n. 27.
43. *Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.: ricerche storico-dogmatiche*, nella « *Riv. del dir. comm.* », XIV, 1916, p. 942-970; XV, 1917, p. 236-295.
44. *La c. 1 Cod. Iust. 7, 7 e la "manumissio" del "servus communis"*, nei *diritti orientali*, nei « *Rendiconti del R. Ist. Lomb. di scienze e lettere* », L, 1917, p. 223-240.
45. *La "manumissio" del "servus communis" nel diritto romano-classico*, negli stessi « *Rendiconti* », LI, 1918, p. 465-480.

46. *La codificazione giustiniana attraverso le fonti extragiuridiche*, nella « Riv. ital. per le sc. giur. », LX, 1918, p. 239-267.
47. *La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso "solo animò"*, nella « Riv. di dir. civ. », X, 1918, p. 521-551.
48. Recensione di: P. Bonfante, *Scritti giuridici vari*; I. *Famiglia e successione*, nel « Filangieri », XLIII, 1918, p. 49-53.
49. "*Possessio quae animo retinetur*". *Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell' "animus possidendi"*, in questo volume, pag. 153.
50. *L'Indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, in corso di stampa negli « Studi in onore di Silvio Perozzi ».
51. *Ricerche di diritto pubblico romano*, in corso di stampa nella « Riv. ital. per le sc. giur. ».
52. *Letteratura civilistica francese e italiana*, in corso di stampa per il « Trattato di diritto civile » della Società Editrice *Athenaeum*.
53. *Postille esegetiche*, raccolte e pubblicate con uno scritto commemorativo e bibliografico da E. Albertario, negli « Annali Fac. Giur. Univ. di Perugia », XXXI, 1919, p.
54. Nella « Enciclopedia giuridica italiana »: *Bonorum sectio. Bonorum venditio*. Cfr. anche n. 25.
55. Nel « Dizionario pratico di diritto privato »: *Fabbrica. Fabbricante. Fabbricato. Fatto illecito. Fatto turpe. Fede di credito. Fede di deposito. Galleggianti. Garanzia. Gazagà. "Generi per speciem derogatur". Genitori. Getto. Giornale. Giorni festivi. Giorni utili. Giudice delegato. Negligenza. Negozio giuridico. Frode alla legge* [quest'ultima voce, saltata per errore di compilazione, è ancora in bozze di stampa].
56. Nel « Codice civile annotato (ediz. Vallardi): artt. 406-435 = *distinzione dei beni* (II, p. 1-96: qualche parte ancora in corso di stampa); artt. 1104-1115 = *requisiti essenziali dei contratti: capacità, consenso* (III, p. 11-39); artt. 1157-1201 = *obbligazioni condizionali, a tempo determinato, alternative, in solido* (III, p. 149-213); art. 1234 = *azione surrogatoria* (III, p. 342-351); artt. 1285-1295 = *compenso* (III, p. 561-581); artt. 1300-1311 = *azioni di nullità o di rescissione* (III, p. 592-632).

Gli scritti indicati ai numeri 49-52 non sono i soli che il mirabile indagatore non potè veder pubblicati: anzi, mentre di questi gli amici ritrovarono i manoscritti compilati e pronti per la stampa, molte e molte altre ricerche rimasero troncate: talune già complete, salvo che vi manca ogni principio di stesura, talaltre a mezza strada o appena all'inizio. Quelli che più furono vicini al Rotondi attendono ora (e l'Alber tario ne ha dato l'esempio v. n. 53) a trarre dalle carte superstiti quanta parte di pensiero sia ancora decifrabile e comunicabile: le difficoltà da superare sono non tanto nella scrittura quasi ermetica degli appunti, quanto nel cogliere, attraverso i materiali raccolti e gli schemi designati, quel processo logico a cui nessuno scrittore suol dare espressione scritta se non quando si accinge ad esporre al pubblico i risultati dell'indagine. L'aspettazione degli studiosi sarebbe quindi delusa, se dall'elenco che segue si traesse la speranza di una ricostruzione fedele del pensiero di lui circa gli innumerevoli e gravi problemi dei quali aveva cercata e forse trovata la soluzione: in gran parte, questo povero elenco servirà a rendere più, acuto il rimpianto, forse anche ad indicare alla ricerca romanistica nuove direzioni, che l'alto esempio garantisce feconde per chi sappia incamminarvisi degnamente. Pei soli temi segnati con asterisco, sembra a chi scrive, che una ricostruzione, sia pure parziale, potrà essere tentata senza temerità.

Sulla sorte della legislazione repubblicana nell'epoca imperiale.

* *Le "Opiniones" di Ulpiano e le "Sententiae" di Paolo.*

* *Precedenti scolastici della compilazione del Digesto, con appendice: Paralleli, patristici alla composizione del Digesto.*

Ricerche varie sulla struttura del Digesto.

Sulle fonti del Codice giustiniano: materiali residui.

* *Controversie fra le scuole sabiniana e proculeiana.*

Appunti per un elenco di senatoconsulti romani.

* *Tutore e curatore (da testi extragiuridici).*

* *Trasmissibilità delle azioni penali.*

Le azioni del condominio.

La funzione classica del iusiurandum in iure.

"Favor libertatis".

* *Note esegetiche sulla "stipulatio" del servo ereditario.*

* *"Sponsio" o rappresentanza? Dei "susceptores" battesimali.*

Φύσις. L' "initium contractus" in § 1 I. 2. 8 e la formula bizantina della φύσις.

Appunti sulla c. 6 C. 5. 70.

D. 41, 11?

Sull'uso del nome "contractus".

* *Le fonti delle obbligazioni nel diritto civile italiano.*

Sulla università degli offellarii della città e corpi santi di Milano.

* *"Fraus legi" (appunti per una 2ª ediz. del n. 16).*

* *"Leges publicae populi romani" (aggiunte al n. 25).*

Di quanto interesse sarebbe la pubblicazione dei riechissimi estratti della letteratura patristica, ha già detto il BONFANTE (p. ix): anche è da augurarsi che sia conservata agli studiosi, e tenuta al corrente, la *Bibliografia sistematica del diritto romano* dal 1900 in poi, rimasta fin qui a Gorla Minore, nella stanza modesta in cui visse e morì santamente Giovanni Rotondi.

V. A. R.

POSSESSIO QUAE ANIMO RETINETUR

Contributo alla dottrina classica e postclassica
del possesso e dell' "animus possidendi"

INTRODUZIONE

Sommario. — Origine della presente indagine. Suoi scopi e suoi limiti. La sede del possesso negli scritti dei giureconsulti classici.

Indicare da dove si siano prese le mosse per un'indagine e quale via si sia seguita nello svolgerla può qualche volta non essere superfluo, in quanto serva a giustificare l'indagine stessa, soprattutto col precisarne il carattere e delimitarne i confini. Nel caso mio presente l'opportunità diventa quasi necessità, trattandosi di problemi che riguardano una materia così travagliata da poter sembrare per un verso superfluo e per l'altro temerario qualsiasi nuovo tentativo.

Studiando, tempo addietro, alcuni scolii di Teodoro Balsamone che toccano problemi attinenti al possesso ¹⁾, ebbi occasione di rilevare come in quel tardo canonista bizantino si riscontrino delle concezioni stranamente aberranti, di fronte al puro diritto romano, ma delle quali qualche spunto timido ed indiretto si ravvisa già nelle fonti giustinianee attraverso interpolazioni compilatorie, la cui portata è chiarita e intensificata dalle versioni e dai commenti dei giuristi bizantini. E fin d'allora mi parve ²⁾ che queste aberrazioni sporadiche andassero ricondotte ad una alterazione subita dal concetto del possesso e in particolare dal concetto dell'*animus possidendi* e della sua funzione nel regime positivo del possesso e nella teoria relativa: un più completo esame del problema dai suoi vari lati mi ha portato alla

¹⁾ *Problemi giuridici in alcuni scolii di Teodoro Balsamone*, in *Atti della R. Accad. delle Scienze di Torino*, num. 50 (1914-15) p. 856 sg.

²⁾ *Ibid.* p. 866.

convinzione che veramente ebbe luogo in questo campo una profonda ed interessante evoluzione, che qui mi propongo di ricostruire.

La natura dei problemi e lo stato delle fonti impone la massima cautela: se la linea evolutiva – per così dire – può disegnarsi a mio avviso con tutta sicurezza, e se con altrettanta sicurezza possono fissarsi i moventi a cui essa si ispira, non riesce altrettanto facile discernere quanto possa spettare al diritto classico più avanzato, quanto ad eventuali degenerazioni postclassiche, quanto all'intervento diretto dei compilatori giustinianeî. Dal regime rigido e logico, che costituisce indubbiamente il punto di partenza, alle applicazioni e relative giustificazioni – addirittura enormi – che non potevano attecchire che nel mondo bizantino, la strada è lunga, e varie sono le fasi intermedie, e non è facile segnare il limite a cui la giurisprudenza classica possa essere giunta nella sua ultima fase. Da un lato, lo stato dei testi in materia possessoria è tale da renderne l'esegesi particolarmente malrida: dall'altro – e questa considerazione è per me fondamentale – va tenuto conto della posizione assolutamente preminente occupata in questa materia da Paolo: la quale merita alcune parole di commento.

È noto che, derogando alla regola consueta, la base della trattazione possessoria nel Digesto non è il commento *ad Edictum* di Ulpiano, ma quello di Paolo: il libro relativo (54) rappresenta anzi in tutta l'opera quello più largamente sfruttato dai compilatori¹⁾. La preferenza è probabilmente influenzata dalla corrispondenza della dottrina possessoria di Paolo con quella svolta nelle scuole d'oriente e codificata da Giustiniano; ma in linea di fatto dipende anzitutto da ciò che veramente Paolo trattava lui solo largamente questa materia. L'esame del commentario ulpiano *ad Edictum* ci mostra che nella sede corrispondente²⁾ Ulpiano o non trattava affatto il possesso o se ne sbrigava con brevi cenni in cui i compilatori non hanno trovato nulla di utile.

Larga era, e largamente sfruttata dai compilatori, la trattazione ulpiana degli interdetti (libri 67-73), dove – anche per ciò che ri-

¹⁾ Cfr. LENEL, *Paltingenesia* I, p. 1063 sg. (nove colonne).

²⁾ Per la sede della trattazione del possesso nei commenti *ad Edictum* v. la postilla a questa 'Introduzione'. – ULPIANO al l. 56 *ad E.* commenta la rubrica *de praedictoribus*, quella *de vi turba incendio etc.* e comincia anche la trattazione generale dell'*inturia*: il tutto utilizzato dai compilatori in misura normale (sette colonne nella *Paltingenesia*). Tenendo conto dell'ampiezza consueta del commentario ulpiano, poco o nessun posto rimane a una trattazione del possesso.

guarda in ispecie gli interdetti possessori - Paolo torna ad assumere la solita funzione sussidiaria ¹⁾: ma, come verrà meglio rilevato appresso, non è mai in occasione degli interdetti possessori che i giureconsulti classici espongono la dottrina generale del possesso.

Tale assoluta prevalenza di Paolo fa sì che non sempre è possibile determinare, in ordine ai singoli problemi, se quanto egli ci riferisce sia una sua veduta personale o una *communis opinio* condivisa dalla dottrina anteriore: d'altra parte il fatto che la dottrina possessoria di Paolo ci si presenti organica e completa non basta di per sè a garantirci dal sospetto che il suo pensiero genuino sia stato travisato dai compilatori, perchè questi potrebbero bene aver elaborato la trattazione fondamentale - quale è per loro quella di Paolo - trascurando di armonizzarvi i testi, meno numerosi e meno completi, di altri giuristi: non sarebbe questo l'unico caso in cui le vedute nuove sono introdotte dai commissari soltanto in alcuni testi - i fondamentali - lasciando all'interprete la briga di conciliare con essi gli altri rinasti, con puro valore storico, nello stato genuino. Io peraltro, nel caso presente, non ho creduto di poter essere molto corrico nell'ammettere in larga misura l'intervento dei compilatori: e ciò per due ragioni di natura diversa, ma che mi sembrano ugualmente gravi. Anzitutto perchè, come il lettore potrà giudicare, il punto di vista di Paolo, se indubbiamente contiene il germe delle aberrazioni posteriori, trova però una giustificazione abbastanza adeguata e sembra avere un'applicazione pratica nettamente circoscritta. In secondo luogo perchè tale punto di vista compare - con perfetto parallelismo - tanto nei testi di Paolo nel Digesto, che in quelli delle Sentenze conservati dai Visigoti. Ora io non sono affatto tenero della genuinità delle *Sententiae* e sono anzi proclive ad ammettere non solo che siano state largamente rimaneggiate dai Visigoti, ma addirittura che non siano affatto un'opera originale di Paolo, bensì una compilazione postclassica, una specie di centone estratto dalle sue opere ²⁾: ma, come il supporre alterazioni perfetta-

¹⁾ Cfr. per l'*unde vi* ULPiano p. 1522-1534 (l. 69 ad E.); per l'*uti possidetis* p. 1536-1547 (l. 69-70 ad E.); per l'*utrubi* p. 1621-1625 (l. 72 ad E.); di PAOLO rispettivamente i framm. 752-755; 757-758; 768.

²⁾ È l'opinione sostenuta recentemente dal BESELER, del quale è pure l'acuto rilievo (*Beiträge*, 3 p. 6) che solo così si spiega il dubbio sul valore delle *Sententiae*, a cui alludono le note costituzioni del Teodosiano (2 e 3 C. Th. I. 4), dal momento che Paolo come tale è proprio uno degli autori a cui la legge delle cita-

mente parallele da parte dei Visigoti e da parte dei Giustinianeî sarebbe manifestamente temerario, così reputo temerario - allo stato attuale delle nostre cognizioni - supporre una serie organica di interpolazioni pregiustiniane nei testi di Paolo, a cui tanto i Visigoti, o già l'ignoto redattore delle *Sententiae*, quanto i Giustinianeî possano avere attinto: in tema di interpolazioni pregiustiniane, un argomento in cui la facilità e, diciamo pure, la comodità dell'ipotesi è in tanto contrasto colla estrema delicatezza degli elementi di prova, io credo doveroso il massimo riserbo¹⁾, anche per non svalutare con arditezze inconsulte un ordine di indagini che io credo pur sempre suscettibile di buoni risultati²⁾.

Che ci sia stato già nella giurisprudenza classica uno sviluppo graduale e progressivo, è ben naturale, specialmente in un istituto come il possesso, così unitario e nel tempo stesso così ricco d'applicazioni: e del resto io penso che in generale a questi sviluppi e alle relative diversità di atteggiamento tra i giureconsulti l'odierno indirizzo di studi dia forse una troppo scarsa considerazione, per la tendenza - invincibilmente favorita dal metodo interpolazionistico - a ridurre ogni divergenza all'antitesi tra diritto classico e diritto giustiniano. Quanto a Paolo, giurista che ha spesso vedute indipendenti³⁾ e che per il possesso mostra una particolare simpatia, come appare

zioni riconosce pieno valore. L'opinione è accolta da EBERARD, *Die Digestenfragm. ad form. hypoth. u. d. Hypothekarezeption* (1917), p. 7 n. 7, p. 24 n. 89. Propendo pure col BESELER e con qualche antico (v. KRUEGER *Gesch.*² p. 268 n. 200) ad attribuire la stessa origine ai *libri optintonum* di Ulpiano: spero poter tornare sull'argomento.

¹⁾ Io dubito per esempio che veramente nella l. 42 pr. D. 39. 6 sia da ravvisare una interpolazione pregiustiniana, come ultimamente il KOSCHAKER ritiene (*ZSSr.*, 1916, p. 325): la dimostrazione mi sembra partire dal presupposto di una coerenza e costanza da parte dei compilatori, nell'attuare le loro riforme, la quale è in molti casi smentita.

²⁾ In questo campo delle interpolazioni pregiustiniane credo di non essermi scostato dal vero nei limiti che ho creduto di potere ad esse assegnare nello scritto in confutazione della nota tesi del PETERS, in *Filangieri*, 1913 p. 18 dell'estr.: e in ogni modo credo doversi sempre tener presente la netta distinzione, su cui ho insistito altrove (*Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane*, in *Annali dell'Univ. di Perugia* 1914, p. 16 e seg. dell'estr.), tra l'origine della riforma e l'origine della alterazione testuale che le corrisponde. Sul tema v. anche le giudiziose osservazioni di BERGER, *L'indirizzo odierno degli studi di diritto romano*, in *Riv. critica di sc. sociali*, 1915, p. 22 sg. dell'estr.

³⁾ Cfr. KRUEGER, *Gesch. der Quellen*² p. 238.

già dall'ampiezza della trattazione, ricordo come una posizione assolutamente autonoma gli sia fatta dalla nota dottrina dello Ihering¹⁾: dal corso di queste indagini risulterà come Paolo, se non è affatto il creatore dell'*animus possidendi*, non solo è fra i giuristi quello che gli dà maggior risalto, ma ne ha in realtà una concezione particolare. La dottrina dello Ihering ha quindi da questo lato un nocciolo di verità. Del resto le finissime divergenze dottrinali che hanno travagliato il tema del possesso si riducono per lo più, nelle loro linee generali - come spesso avviene anche in altri campi -, a un'antitesi fondamentale tra quelli che, ricostruendo logicamente un istituto nei suoi principi fondamentali ed originari, cercano di armonizzarvi in qualche modo i testi discordi, e quelli che, meno preoccupandosi della logica, danno risalto agli indirizzi meno rigorosi, espressi o dissimulati nei testi, e specialmente nelle costituzioni di Giustiniano. Se si vuol considerare la dottrina romana del possesso come un blocco omogeneo, è naturale che nessuna conciliazione sia possibile e che i problemi più spinosi rimangano aperti: che se poi la dottrina dei testi si vuol inquadrare in concezioni astratte - e qui veramente le esagerazioni più gravi sono venute di oltralpe - le oscurità non fanno naturalmente che aumentare. Se invece si tien presente che già nel diritto classico la dottrina romana presenta notevoli divergenze tra i vari giuristi e che il punto di vista dell'ultima età classica e, più, quello di Giustiniano, in molti problemi fondamentali è in antitesi con quello dei più antichi e che, di più, per una serie di motivi, la dottrina giustinianea del possesso si impernia su basi nuove, molte difficoltà trovano la loro soluzione più naturale per noi che, non più preoccupati dell'applicazione positiva del *Corpus iuris*, lo consideriamo soltanto come diritto storico. E più d'una volta le interpretazioni antagonistiche trovano la rispettiva giustificazione riferendone l'una al diritto classico, l'altra al diritto giustiniano²⁾.

1) *Besitzwille* c. XIII p. 269 sg. = tr. franc. p. 227. Cfr. in senso sostanzialmente conforme BARON, in *Ihering's Jahrbücher*, N. F. 17 (1890), 192 sg.: in senso critico, e ammettendo uno sviluppo storico, RICCONO, in *Arch. giur.*, 50 (1893), 226 sg.

2) Avevo anzi in animo di passare in rassegna le varie teorie per mostrare quale sia lo spunto che a ciascuna di esse fornisce lo sviluppo storico: ma mi è parso inutile ingombro: di alcune delle principali dovrò pure far cenno: per le tante altre lascio al lettore i non difficili studi. Già nella famosa dissertazione del CUPERUS (*Obs. selectae de natura possessionis*) egli potrà trovare un lunghissimo

Se lo sviluppo da me delineato nei suoi presupposti concettuali e nelle sue ripercussioni positive risponda a quanto si può legittimamente argomentare dalle fonti e se i limiti cronologici delle varie fasi ne siano segnati con plausibile approssimazione; se esso giovi a coordinare sotto un unico punto di vista alcune fra le più gravi alterazioni subite dal regime possessorio, a chiarire parecchi punti oscuri, a conciliare, fors'anche, storicamente, opinioni antitetiche largamente rappresentate nella dottrina, giudicherà il lettore. Io per me non ho la pretesa - presuntuosa sempre, e più in argomenti di questo genere - di trovare tutti consenzienti, pago di esporre i risultati a cui mi ha condotto l'esame spassionato del problema. Giacchè siamo in tema di riforme e di tendenze bizantine, farò mia la giustificazione di TALELEO ¹⁾: ἐρηγεύοντος γὰρ ἔστιν τὸ λέγειν, ὅπως νομίζει, εἰ καὶ τινες μὴ πείθονται τῇ αὐτοῦ ἐρηγείᾳ.

Il lettore comprenderà poi anche come, trattandosi di una materia ricca - se pure è vera ricchezza - di una così multiforme letteratura, io mi sia deliberatamente imposto di ridurre al minimo i riferimenti dottrinali - specie per gli scritti anteriori all'attuale indirizzo critico -, limitandomi a quelli che direttamente interessino il punto di vista dal quale io considero i singoli argomenti: giacchè la mia esposizione, pure investendo per necessità di cose un largo numero di problemi possessori, non vuol essere - Dio me ne guardi - una trattazione generale del possesso, ma un tentativo di coordinare, colla maggior possibile semplicità e chiarezza, alcuni punti, e non dei meno interessanti, intorno a una linea di sviluppo comune.

POSTILLA. - Solo la *Palingenesia* del LENEL ha reso possibile di determinare la sede in cui si occupano del possesso i giureconsulti (v. le inesatte osservazioni in proposito di SAVIGNY, *Tratté de la Possession*, p. 36). In quelli che seguono l'ordine editale la trattazione del possesso e dell'usucapione è inserita tra il commento all'editto *de praedictoribus* e quello all'editto *de vi turba incendio* etc.: così, oltre PAULUS *ad Ed.* lib. 54 già ricordato, *Manual.* lib. 2 (LENEL p. 1010-1011), *Sentent.* 5. 2, anche CELSUS, *Digest.* l. 23 (L. 195-199 + 200); IULIANUS, *Digest.* l. 44 (L. 607-623); MARCELLUS, *Digest.* l. 17 (L. 192-198); GAIUS, *ad Ed. prov.* l. 21 (L. 333-334); SCAEVOLA, *Digest.* l. 25 (L. 108-110); *Quaestion.* l. 11 (L. 166); *Respons.* l. 5 (L. 290-291); PAPINIANUS, *Quaestion.* l. 22-23 (L. 305-311); *Respons.* l. 10 (L. 636-642); HERMOGENIANUS, *Juris ept.* l. 5 (L. 80-82): naturalmente

elenco (p. 63 sg.) di normè che nel regime romano del possesso si presentano come eccezionali; è interessante vedere quali fra esse devono il loro accoglimento alla profonda trasformazione che ha subito la concezione del possesso nel diritto giustiniano.

¹⁾ HEIMBACH I 342.

solo nelle trattazioni più vaste la determinazione della sede può esser precisa. La collocazione di questo *excursus* - così costante da far supporre che l'editto stesso le fornisca qualche appiglio testuale - rimane enigmatica anche per il LENEL (*Edictum perpetuum*² p. 24 sg.; 377), e le varie ipotesi ventilate hanno base troppo incerta; ma quello che io trovo particolarmente interessante è che la trattazione del possesso non è mai congiunta con quella degli interdetti possessori, i quali sembrerebbero fornirle lo spunto più naturale. Quantunque l'istituto del possesso, nella sua figura più genuina, e soprattutto dal punto di vista dell'Editto, interessi in prima linea come presupposto della tutela interdittale, i classici ne trattano invece specialmente in rapporto colla usucapione: ossia, a quel che sembra, più con riguardo alla sua efficacia civile (*ad usucapionem*) che non a quella strettamente pretoria (*ad interdicta*). Che lo spunto specifico fosse fornito dall'*usureceptio ex praedictura* non è per ora dimostrabile, e può anche parer strano che i giureconsulti, se volevano riconnettere l'esposizione del possesso a problemi attinenti all'usucapione, non abbiano trovato altri appigli più importanti in altre sedi dell'Editto, già a cominciare dalla rubrica della *publiciana*. Ma che il possesso sia trattato in vista dell'usucapione risulta dai frammenti dei singoli autori riuniti dal LENEL: di più, nelle *Sententiae* di PAOLO la rubrica relativa (5. 2) - tra quella '*de liberali causa*' e quella '*de his quae per turbam fiunt*' - è '*de usucapione*' e, se anche come tale poco attendibile, acquista maggior valore dal rilievo che dei paragrafi conservati alcuni trattano del possesso in genere, altri della *longi temporis praescriptio*, nessuno dell'usucapione. Nel C. Teodosiano il titolo *de l. t. praescriptione* (4. 11 nei *tituli Corporis plen*) viene pure dopo la trattazione della *liberalis causa*, mentre degli interdetti si tratta dopo il procedimento esecutivo, giusta l'ordine edittole. Nel Codice Giustiniano, che anche qui segue l'ordine edittole - offuscato solo dall'aver trasportato al lib. 9^o, insieme cogli altri delitti, la trattazione della rapina e dell'ingiuria - l'usucapione (7. 26-31) viene prima del possesso (7. 32) e non c'è ragione per credere che lo stesso non avvenisse nel Codice Gregoriano (lib. 9-10), modello di solito fedelmente seguito. Anche nel Digesto la collocazione non è sostanzialmente diversa, salvo che l'usucapione, per ragioni logiche, vi è posta dopo il possesso, e questo a sua volta viene dopo la trattazione della proprietà: ciò - a parte il parallelismo dei due istituti - è dovuto all'influsso del sistema sabiniano. In questo infatti possesso e usucapione tengon dietro all'acquisto del dominio, mentre gli interdetti avevano posto, assai prima, accanto alla trattazione '*de iudiciis*': qui è anche più naturale che il possesso lo si studi dal punto di vista dei suoi effetti civili: cfr. POMPON. *ad Sabin.* 1. 32 (L. 757. 773); PAUL. *ad Sab.* 1. 15 (L. 1869-1874): il commento di Ulpiano, che è monco (cfr. BLUHME, *Z. f. gesch. RW.* 4. 410; KRUEGER, *Gesch. der Quellen*² p. 244; JÖRS in PAULY-WISSOWA 5. 1441: forse è la 2^a edizione rimasta incompleta?), non arriva alla sede corrispondente: questa mancanza degli ultimi libri (undici, se si conservano le proporzioni cogli altri due commenti) è particolarmente dolorosa perchè il silenzio di Ulpiano sul possesso e l'usucapione nei *libri ad Edictum* farebbe supporre che egli intendesse darne una trattazione esauriente in quelli *ad Sabinum*. In altre opere la collocazione sistematica del possesso è oscura, particolarmente nelle più antiche, dove il conoscerla sarebbe anche più interessante: così in Q. MUCIO (il commento di POMPONIO avrebbe dedicato al possesso ben quattro libri [23-26] L. 286-296, cfr. Q. MUCIO n. 31-34) e in LABEONE, dove le citazioni in materia di possesso sono numerose (L. 150-183), ma, mancando l'indicazione dei libri, è impossibile precisare la sede.

CAPO I.

Sommario. — 1. I due elementi del possesso; loro rapporto; ragioni della tarda elaborazione dell'*animus possidendi*. — 2. Le applicazioni normali: in tema d'acquisto. — 3. In tema di conservazione e perdita. — 4. La formola proculiana della conservazione '*solo animo*': sua sfera d'applicazione e sua giustificazione.

1. È quasi di prammatica in una trattazione del possesso prendere le mosse dai due elementi costitutivi, nettamente individuati dalla classica monografia del Savigny, che resta sempre, nonostante le multiformi critiche, la pietra angolare in questa materia: accogliendo gli appunti messi alla terminologia, doppiamente infelice, di *corpus possessionis* e *animus domini*, li designiamo rispettivamente come *possessio corpore*¹⁾ e *animus possidendi*: elemento di fatto il primo, psicologico o intenzionale il secondo. La determinazione del contenuto, per così dire, di questi due elementi, e in particolare del secondo, è il punto forse più disputato nella dottrina moderna, ma a me qui non interessa gran fatto. E, quel che più importa, non ha neppure interessato molto ai Romani, i quali, con espressioni volutamente generiche²⁾, si limitano a parlare di '*animus rem sibi habendi*', 'a. (*affectio*) *possidentis*' o '*possidendi*', riversando in certo modo, con queste ultime espressioni, tutto il problema non sul concetto di '*animus*' ma su quello di '*possessio*'. E in realtà, dato il significato pregno ed univoco della '*possessio*' romana³⁾, *animus possidendi* era per i Romani una espressione perfettamente adeguata, giacchè ogni romano sa quale è la natura della signoria che il possessore esercita di fatto, e intende di esercitare. Solo più tardi, quando da un lato — come è ormai noto —

¹⁾ Che il *corpus* di cui parlano le fonti sia non l'oggetto del possesso, ma la persona fisica del possessore, risulta dalla terminologia dei testi, e soprattutto dalle espressioni '*possidere corpore nostro, corpore alieno*', ecc.

²⁾ Bene lo rileva il RICCOBONO, *Istituzioni* [1911: comp. ZINGARELLI] p. 450: e già l'ALIBRANDI (*Opp.* I 228 e *passim*) insisteva in questa mancanza di una determinazione specifica; senonchè, non rilevando il significato tecnico della *possessio* romana, finisce per attenuarne eccessivamente la portata.

³⁾ Cfr. soprattutto BONFANTE, *Il punto di partenza nella teoria del possesso in St. per Moriani* I. 172 sgg.

il valore della '*possessio*' cominciò ad oscurarsi, e quando dall'altro - come mostrerò - si cominciò a voler dare all'*animus* nel possesso una posizione autonoma, la qualifica di *a. possidendi* dovette sembrare inconcludente e quasi tautologica; di qui la $\psi\upsilon\chi\eta$ $\delta\epsilon\sigma\pi\acute{o}\zeta\omicron\nu\tau\omicron\varsigma$ ¹⁾, che cerca di raffigurare il contenuto dell'*a. possidendi* romano, e di qui anche - più infelice ma anche troppo criticato - l'*animus domini* savigniano²⁾: tutte formule dovute allo sforzo di dare una spiegazione di cui un classico non avrebbe affatto sentito il bisogno.

Se alle varie concezioni sull'*animus possidendi* è lecito muovere un appunto di carattere generale, esso riguarda non tanto le oscillazioni sulla sua valutazione intrinseca, quanto la insufficiente fissazione del rapporto in cui questo elemento psicologico o, come si suol dire, formale, si trova coll'elemento naturalistico, ossia colla '*possessio corpore*'. La distinzione, esattamente formulata sia dal punto di vista logico che da quello esegetico - almeno di fronte al diritto classico più tardo e al giustiniano - , porta quasi inevitabilmente a concepire i due elementi in un'antitesi troppo recisa, quasi che siano autonomi e indipendenti l'uno dall'altro, tali che il loro concorso *ex aequo*, per così dire, determini il sorgere di quel fenomeno sociale che è il possesso, colle conseguenze che l'ordine giuridico gli riconnette. In realtà, come la logica stessa dell'istituto del possesso mostra, e come conferma la stessa terminologia delle fonti (*possessio-animus possidendi*), quest'autonomia e questo conseguente parallelismo non è in fondo che un'illusione dottrinale. Il possesso, in quanto rapporto di fatto, ha come elemento-base l'elemento di fatto, la *possessio corpore*: l'elemento intenzionale è pur esso senza dubbio indispensabile, ma non ha che una semplice funzione integratrice³⁾.

¹⁾ *Animus dominantis*: v. un esempio di quest'espressione in S. AGOSTINO, *Epist.* 136 c. 7, ed. GAUME v. 39 p. 441. Per tradurre letteralmente, i greci avrebbero dovuto dire $\phi.$ $\nu\epsilon\mu\omega\mu\acute{\epsilon}\nu\omicron\upsilon$ (così pure CIRILLO in ZACHARIAE *Suppl.* p. 68 sch. 19) o $\chi\alpha\rho\acute{\epsilon}\chi\omicron\nu\tau\omicron\varsigma$, ma né l'uno né l'altro dei due verbi hanno il pregno significato del *possidere* romano.

²⁾ Per la formola dell'*a. domini* già prima del SAVIGNY, in DONELLO (*Comm. de j. civ.* 5. 6. 4-5); DUARENO, *Alter comm. ad Tit.* 41. 2, c. 1. *Opp.* ed. Lucca 1765 v. 2 p. 553; LAUTERBACH e altri, v. JHERINO, *Der Besitzville*, p. 248 = tr. fr. p. 206.

³⁾ Prescindendo dalle polemiche concettuali tra teorie dualistiche e teorie unitarie, noterò che la tendenza ormai diffusa, e che ha uno fra i maggiori rappresentanti in DONELLO (*Comm. de j. civ.* 5. 13. 4-5), di dare la prevalenza all'*animus* è tanto aliena dal genuino punto di partenza romano quanto conforme all'orien-

Se la *possessio corpore* - intesa non più dal punto di vista troppo materialistico del SAVIGNY, ma dal punto di vista economico-sociale felicemente illustrato dal GOLDSCHMIDT¹⁾ e fra noi soprattutto dal BOXFANTE²⁾ - è un rapporto di fatto colla cosa tale da permettere di esercitare su di essa una piena signoria, l'*animus* non è che la volontà cosciente di trovarsi in tale rapporto o, se si vuole, l'intenzione di esercitare quella signoria che - di fatto - si è in grado di attuare in modo che il comune apprezzamento riconosce come normale. Questa volontà completa e colorisce in certo modo la pura materialità della relazione di fatto: ma, come nessun giurista romano può chiamare *possessio* una tale relazione quando sia involontaria ed incosciente³⁾, così a questa volontà nessuno può dar peso, in materia di possesso, ove la si concepisca scompagnata dalla sua realizzazione.

Così concepiti i due elementi del possesso e la funzione specifica dell'*animus possidendi*, si capisce come la distinzione, di interesse fondamentale dal lato dogmatico, come base per ogni indagine sulla natura del possesso, non possa avere gravi ripercussioni nella valutazione del regime positivo: i due elementi sono troppo compenetrati, troppo inscindibili. E ciò spiega a mio avviso come, mentre è vero da un lato che il possesso romano non è concepibile senza un elemento psicologico che integri la relazione di fatto, è vero dall'altro lato che la relazione specifica dell'*animus possidendi* come elemento del possesso è frutto di uno sviluppo dottrinale non antichissimo nè generale e che solo tardi è riuscito ad affermarsi in modo assoluto.

tamento preso dal dogma giustiniano: il quale peraltro non arriva punto a considerare il possesso essenzialmente come un '*Willensverhältniss*' (così p. esempio KUNTZE, *Zur Besitzlehre* p. 119) e la *possessio corpore* come 'obbiettivazione della volontà' (così, p. es. OERTMANN, in *Grünhut's Zeitschr.*, XX, p. 202): metafisica estranea alle fonti di tutti i tempi. Inutile invece, se non anche pericoloso, giudicio il tentativo di trasportare in materia di *animus possidendi* la dottrina della manifestazione della volontà nel negozio giuridico: su cui v. HOLLANDER in *Festg. für Fitting* (Halle 1903), p. 491 sg.

¹⁾ *Studien in Besitzrecht*, in *Festg. für Gneist* p. 65; *Grundlagen der Besitzlehre*, in *Verm. Schrift.* I. 68 e sgg.

²⁾ *Istituzioni*⁶, p. 345; *Corso di d. romano*, Pavia 1906, p. 18.

³⁾ Giova qui ricordare, a scanso di equivoci, che anche lo JHERINGO, nella battaglia mossa contro l'a. *possidendi*, non nega affatto che il rapporto materiale deve essere integrato da una corrispondente volontà: nega soltanto che in base a questa possa il possesso distinguersi dalla mera detenzione.

La constatazione che i giureconsulti pare si occupino del possesso soprattutto in connessione coll'usucapione potrebbe far pensare che l'elemento intenzionale del possesso (*a. possidendi*) sia stato elaborato in relazione coll'elemento etico-psicologico dell'usucapione (*bona fides*). Ma va osservato dal punto di vista storico che l'elaborazione di quest'ultima è certo più antica (i *veteres*, anteriori a SABINO [Vat. 1], se anche la l. 24 pr. D. 41 3 non riconduce direttamente a Q. MUCIO): e dal punto di vista dogmatico che si tratta di due concetti assolutamente distinti e indipendenti: è tipica, per es., la diversità di trattamento nell'acquisto *per procuratorem* (l. 47 D. 41. 3; 1 C 7. 32: cf. c. 5 § 4 c.).

La menzione dell'*animus* come elemento del possesso ¹⁾ la troviamo per la prima volta - abbandonata ormai la lezione 'Quinto Mucio' nella l. 25 § 2 D. 41. 2 ²⁾ - in LABEONE, citato da GIAVOLENO nella prima parte - genuina - della l. 51 D. 41. 2: più spesso, e in applicazioni che trovarono molta fortuna, in PROCULO (27 D. *h. t.*; 9 § 9 D. 12. 1), in NERVA (9 § 9 D. 12. 1) e in CELSO (18 § 3 D. *h. t.*; cf. 34 pr. *eod.* e 5 pr. D. 10. 4) ³⁾, ossia nei corifei della scuola proculeiana. Nella l. 37 D. 13. 7 il RICCOBONO ⁴⁾ ha reso verosimile la sovrapposizione di una motivazione soggettiva, di PAOLO, a quella originaria di PLAUZIO, che dall'*animus* prescindeva: GIAVOLENO non accoglieva il punto di vista avanzato da LABEONE, giacchè la finale della l. 51 *cit.* è interpolata: in GIULIANO l'*animus possidendi* non appare mai, e in AFRICANO l'unico testo che ne parla (41 D. 12. 1) è gravemente sospetto ⁵⁾.

L'eco della formola proculeiana e delle discussioni relative c'è in GAIO 4. 153 e in POMPONIO, 25 § 2 D. *h. t.* ⁶⁾. Quanto a MARCELLO,

¹⁾ V. sempre in proposito le osservazioni del RICCOBONO, in *Arch. giur.* 50 (1893) p. 226 sg.

²⁾ Che anzi Q. Mucio mostra (cf. l. 3 § 23 *tit.*) di dare alla *possessio* confini ancora imprecisi.

³⁾ Per questo testo e la sua rilevanza nella dottrina dell'*animus* v. RICCOBONO, *Arch. f. civ. Prax.* 80 (1893) p. 124: v. anche ZSSR. 1910 p. 350.

⁴⁾ *L. cit.* p. 270. In l. 16 D. 41. 3 (JAVOLEN. ex PLAUTIO) il R. (p. 276) crede per motivi formali interpolata la giustificazione finale.

⁵⁾ Cfr. RICCOBONO, *BIDR.* 6. 155 sg., che ritiene glossema pregiustiniano l'inciso *qui-habent*: pare (*ibid.* p. 160) che già prima di Giustiniano l'*animus possidendi* fosse il fulcro della dottrina del possesso.

⁶⁾ Cfr. anche 15 D. 10 4, se l'inciso *utpote-esse* è un'aggiunta di POMPONIO a LABEONE (HUVELIN, *Et. sur le furtum* 2. 565. Il testo, secondo l'esegesi fattane dall'HUVELIN, è interessante per me come riprova del concetto rigido che an-

l'inciso nella l. 19 § 1 D. *h. t.*, altrettanto cattedratico quanto superfuo, pare anche a me col BESELER interpolato ¹⁾, ma l'adesione di lui ai proculiani è attestata da ULPIANO, l. 9 § 9 D. 12. 1 e l. 34 pr. D. *h. t.* La l. 28 *h. t.* di TERTULLIANO è molto probabilmente guasta, e del resto pare estranea al tema, giacchè l'*animus* sembra riferirsi direttamente non tanto al possesso quanto al negozio giuridico acquisitivo. ULPIANO, che personalmente del possesso si era occupato ben poco, parla dell'*a. poss.* forse solo quando riferisce la dottrina dei proculiani ²⁾: solo con PAPINIANO, e più che tutti con PAOLO, la dottrina dell'*animus* diventa il fulcro della teoria del possesso. E si avverta fin d'ora che i più antichi che isolano nel possesso l'elemento dell'*animus* non lo fanno per pura speculazione teorica, nè per affermare che senza volontà cosciente di possedere non c'è possesso - massima troppo intuitiva per i Romani perchè occorresse insistervi - ma per trovare una giustificazione ai casi che offrivano qualche difficoltà: giustificazione, come vedremo, non necessaria e neppure felicemente formulata, ma che, una volta accolta nella dottrina, era destinata a servire di comodo spediente per nuove e più gravi applicazioni.

*
* *

2. Il carattere e il valore rispettivo dei due elementi del possesso, la loro inseparabile coordinazione e, per conseguenza, la irrilevanza pratica di accentuarne la distinzione, si rivela con evidenza nelle parti più limpide del regime positivo: specialmente in tema d'acquisto del possesso. Qui anzi si può dire che - per il punto specifico che c'interessa - non vi sono state nelle varie fasi storiche alterazioni notevoli: se nelle formulazioni dogmatiche di PAOLO e di GIUSTINIANO

cora LABEONE aveva della *possessio corpore*. V. pure l. 5 § 4 D. 43. 26, dove POMONIO giustificerebbe sulla base dell'*animus* la dottrina del doppio possesso accolta da SABINO in vista della divisione degli effetti del possesso: non credo però che il testo sia genuino.

¹⁾ *Beiträge* 2, 14, 3. 127: *contra* (in quanto per immobili *incumbere* è appropriato) RICCOBONO ZSSt. 1910. 353, BERGER, KfJ 1912 p. 428. *Incumbere* pare termine tecnico pei fondi: cfr. S. AUG. 26. 265.

²⁾ L. 1 § 24 sg. D. 43. 16; 34 pr. D. 41. 2; 9 § 9 D. 12. 1. La l. 29 D. *h. t.* è manipolata dai compilatori (v. cap. 5 § 4 c): nella l. 1 § 5 D. 47. 4 - sia o no genuina (cfr. VASSALLI, *Miscellanea critica* II p. 33 cit.) - l'antitesi fatta non è forse propriamente la stessa.

l'*animus* assume un'importanza che i più antichi non erano arrivati ad attribuirgli, nel regime positivo tutti sono, salvo lievi varianti, d'accordo. Il possesso non si acquista se non si realizzano entrambi gli elementi, la disponibilità di fatto e la cosciente volontà di esercitarla. Quali siano poi gli estremi richiesti perchè la signoria di fatto possa considerarsi attuata, è problema che non ci interessa: esula quindi dal nostro campo la cosiddetta '*traditio longa manu*' almeno entro i suoi limiti classici recentemente chiariti dal RICCOBONO¹⁾, giacchè è ovvio che con essa non solo l'elemento intenzionale ma anche quello naturalistico è di fatto realizzato, e se LABEONE (51 D. h. t.) credeva di dover parlare di un'*animus possessionem apisci*, GIAVOLENO giustamente riconduce l'ipotesi a una *traditio (corporis)* normale²⁾.

Ne esula anche il costituito possessorio - considerato dal lato di chi acquista - giacchè anche qui è perfetta la coincidenza tra l'elemento intenzionale e il reale acquisto della signoria esercitata per mezzo del precedente titolare.

Quanto alla *traditio brevi manu*, la nota controversia tra Sabiniani e Proculiani si riduce - sotto il profilo della dottrina dell'*animus* - in sostanza al dubbio se per l'acquisto del possesso i due elementi si devono realizzare simultaneamente, rinnovando - come esigono i Sabiniani - l'apprensione materiale, o se, coll'avversa scuola, la detenzione possa trasformarsi in possesso col sopravvenire dell'*animus*: divergenza parallela esisteva per il caso di furto³⁾, giacchè dal punto di vista possessorio acquisto lecito e acquisto illecito son da considerare alla stessa stregua. È qui precisamente che i giuristi della seconda scuola mettono in risalto questo elemento intenzionale e, con una improprietà di formulazione non rara nei giureconsulti, si parla di acquisto '*nudo animo*', '*sine traditione*'⁴⁾: così come NERVA (non NERAZIO) e PROCULO parlavano di acquisto *animus* in un caso analogo di acquisto originario, ritenendo che '*quod desit naturalis posses-*

¹⁾ ZSSr. 1912 p. 272 sg.

²⁾ Che nella chiusa '*animi*' sia interpolato per '*corporis*' fu visto già dal CUIACIO, a torto censurato dall'ALIBRANDI (*Opere* I. 257), e ribadito dal RICCOBONO, *BIDR.* 23 p. 161; ZSSr. 1913 p. 201: ma poichè la giustificazione finale non è necessaria, e anche '*corporis possessio*' è brutto assai, io propenderei a ritenere interpolato tutto l'inciso *utrobique-aestimanda*.

³⁾ Cfr. 3 § 1 h. t., 47 eod. (NERVA cit. da PAPINIANO); 67 pr. D. 47. 2 (CELSE).

⁴⁾ Cfr. Gai. 9 § 5 D. 41. 1; Ulp. 9 § 9 D. 12. 1; CELS. 62 pr. D. 22. 1.

sioni, *id animus implet* ¹⁾). In realtà non è affatto vero che in casi simili l'*animus* supplisce alla mancanza dell'elemento materiale, bensì - come è particolarmente evidente nel caso della *traditio brevi manu* - esso si aggiunge al requisito naturalistico che preesiste e che solo col sopravvenire dell'*animus* diventa elemento costitutivo di un possesso vero e proprio ²⁾.

Neppure costituisce un'eccezione il regime classico dell'acquisto mediante persone *in potestate*, in quanto il *filius* o il *servus* realizzano soltanto - quasi *longa manus* del *dominus* - l'elemento materiale della disponibilità di fatto, mentre la *scientia* del *paterfam.* o del *dominus*, sempre necessaria, incentra in lui l'elemento intenzionale ³⁾. L'eccezione - unica per i classici ⁴⁾ - relativa all'acquisto *ex causa peculiari*, che

¹⁾ L. 3 § 3 D. *h. t.* Il testo è decisivo per la teoria soggettiva: cfr. RICCOBONO, *ZSSR.* 1910 p. 317. Il NOODT, *Probatur.* 2. 6. 4, e con lui il VOET (*Ad Pand. tit.* 41. 2 n. 10, v. 2 p. 41 2), cancella il *non* dopo *animo* e, intendendo il *si* nel senso di *etsi*, fa di NERAZIO e PROCULO due sostenitori dell'acquisto *animo solo* in senso assoluto, credendo con ciò di far risaltare meglio l'antitesi coi Sabiniani: ma l'antitesi in realtà non arrivava a tanto, tutti essendo d'accordo nel riconoscere che senza l'elemento di fatto, preesistente - per i Proculiani - o rinnovato - per i Sabiniani -, il possesso non s'acquista. V. anche, in ordine di idee analogo, HRUZA, in *Grünh. Z.* 24 (1897) p. 278 sg., con rilievi alquanto eccessivi sulla posizione assunta da PROCULO nei problemi possessorii: a me non pare che nella l. 55 D. 41. 1 PROCULO si ispiri, quanto agli estremi necessari per l'acquisto del possesso, a criteri sensibilmente diversi da quelli normali, nè - sopra tutto - che egli sia (p. 298) un precursore della dottrina che ammette la remissione del possesso per semplice consenso. Quanto alla seconda parte della l. 3 § 3 *cit.* v. l'accurata esegesi fatta dall'HUVELIN, *Ét. sur le furtum* l. 273 sg.: egli ritiene dovuto a PAOLO l'inciso '*quamvis nesciat in fundo esse*' che attesta la meraviglia del tardo giurista di fronte all'opinione di BRUTO e MANILIO i quali dalla *scientia* prescindevano completamente.

²⁾ L'hanno ben compreso gli stessi bizantini: cfr. Hb. 2. 601 (B. 23. 1. 9, a 9 § 9 D. 12. 1), sch. STEPHANI; ἀρχεσθαι ψυχῇ νέμεσθαι, ἐπειδὴ φυσικὴ παρ' αὐτοῦ προηγέσαστο κατοχῇ. Hb. 5. 48 (B. 50. 2. 3 = 3 § 3 D. 49. 2). I bizantini infatti a questa formula dell'acquisto *solo animo*, troppo manifestamente eccessiva, e qui superflua, e, soprattutto, esplicitamente ripudiata da PAOLO, non hanno fatto buon viso. Per alcuni spunti in senso contrario v. al c. 5 § 4 b.

³⁾ PAUL. *Sent.* 5. 2. 1; 3 § 2 D. *h. t.*: cfr. anche PAPINIAN. 44 § 2 D. *h. t.* (*servi vel etiam coloni corpore...*); 47 *cod.* (*cutus corpore... possumus possidere*). Il che non vuol dire che l'*animus* del servo sia irrilevante: cfr. l. 1 § 19 *h. t.*

⁴⁾ Per l'origine giustiniana dell'acquisto *etiam ignorant* '*ex omni causa*' v. DE FRANCISCI, in *Rend. R. Ist. Lomb.* 1907 p. 1002 sg., a cui aderisce, con qualche riserva per Ulpiano, SOLAZZI in *Mem. dell'Acc. di Modena* s. 3^a v. 11 (1911) p. 222; v. anche RICCOBONO, *ZSSR.* 1910 p. 358. Per i concetti a cui si ispira la riforma v. al c. 5 § 4 b.

ancora PAPINIANO giustifica colle esigenze pratiche ¹⁾, è da PAOLO ricondotta al concetto di una volontà implicita e preventiva da parte del *dominus* che ha concesso il peculio ²⁾: giustificazione di dubbio valore, ma che comunque non turba l'esatta valutazione del rapporto. Qui infatti è innegabile ³⁾ che i classici riconoscano l'acquisto del possesso anche *animo alieno* ⁴⁾, ma di questo *animus possidendi alieno nomine* si potrà parlare solo quando l'intermediario abbia posto in essere le condizioni che consentono la realizzazione effettiva del possesso: è solo allora che si comincia a possedere.

Superata l'inesatta formula dei Proculiciani, rimane un dogma inconcusso che '*possessio solo animo acquiri non potest*' ⁵⁾, in quanto all'*animus* considerato come elemento a sè stante, indipendente da ogni realizzazione, non può riconoscersi nel campo possessorio alcuna efficacia.

*
* *

3. La limpida applicazione dei principi si presenta un poco offuscata nel regime della conservazione e della perdita. Non già che veramente - almeno a mio avviso - i Romani intendano applicare in tema di conservazione e perdita del possesso criteri diversi da quelli che regolano l'acquisto ⁶⁾; di regola il possesso non può sussistere se

¹⁾ L. 44 § D. h. t.

²⁾ L. 1 § 5 D. h. t.

³⁾ Cfr. lo stesso PAOLO, l. 3 § 12 D. 41. 2.

⁴⁾ Così avviene anche, a mio credere, nel caso del *procurator*, che acquistava *etiam igno- ranti*; in quello del tutore, che acquista all'infante, o del *curator furiosus*. V. per questo al c. 5 § 4 n. c, e.

⁵⁾ Cfr. GAL. 4. 153; PAUL. Sent. 5. 2. 1; 3 § 1, 30 § 5 D. h. t.; DIOCL. et MAX. 4 C. 7. 32; § 5 I. 4. 15.

⁶⁾ Si noti che anche coloro che tendono a riconoscere l'esistenza di principi diversi non pensano, in fondo, a un intervento arbitrario del diritto positivo: così SAVIGNY (*Tratté de la Possession* p. 289: *contra* BARON, in *Jh. Jahrb.* 7 (1863) p. 54) che parla di una differenza di grado, non d'essenza; RANDA (*Besitz nach österr. R.* § 21 a p. 479 [3^a ed.]) che giustifica la diversità colla natura delle cose, e critica l'opinione espressa dal WINDSCHEID nelle prime edizioni del suo trattato, che si tratti di una finzione di legge (diversamente nelle più recenti: cfr. § 156 n. 4 tr. 1. 2. p. 72). Anche PEROZZI (*Istit.* 1. 536), per cui il possesso può perdurare senza alcune delle condizioni necessarie all'acquisto, non credo sia alieno da questa giustificazione sociale: tanto più se - come mi riprometto di dimostrare - esulano dal regime classico i casi più gravi in cui veramente si sarebbe tentati di ricorrere al concetto di finzione.

non in quanto persistano i presupposti che ne hanno reso possibile l'inizio. Ma va tenuto presente che in questa materia tutto dipende non da una valutazione rigidamente materialistica, ma dall'apprezzamento sociale, e che questo inevitabilmente deve mostrarsi per varie ragioni più rigoroso nella valutazione dei requisiti quando si tratta di determinare l'inizio del possesso che non quando si tratta d'ammettere la continuazione, e che di questo diverso atteggiamento non possono a meno di tener conto e la elaborazione giuridica e il regime positivo ¹⁾.

Dal punto di vista della dottrina più evoluta, che ha distinto nettamente nel possesso i due elementi della *possessio corpore* e dell'*animus*, nessuna massima può essere più evidente di quella per cui il possesso si estingue sia col cessare della disponibilità di fatto ²⁾ sia col venire meno dell'elemento intenzionale. Se i testi pare che insistano di preferenza su questa seconda ipotesi, è per la sola ragione che in ordine a questo elemento possono sorgere difficoltà più sottili, per determinare quando la cessazione - o mutata direzione - dell'*animus* sia possibile, a quali contrassegni sia riconoscibile, in quali circostanze espliciti la sua efficacia. Ma se, senza lasciarsi influenzare dalla recisa antitesi che tra i due elementi la dottrina pone, consideriamo obiettivamente il regime del possesso come si svolge nella vita, ossia così come l'hanno sempre considerato i Romani, dobbiamo convenire che nella concezione romana i due elementi sono tra loro talmente compenetrati, che, come la perdita della *possessio corpore* implica necessariamente la cessazione dell'*animus* che di quella è semplice elemento integratore, così la cessazione dell'*animus* non è giuridicamente apprezzabile se non le corrisponde un mutamento nello stato di fatto. La L. 17 § 1 D. 41, 2 di ULPIANO (*l. 76 ad Ed.*) sembra vera-

¹⁾ In questo senso - non in quello di un intervento arbitrario del legislatore - credo accettabile l'opinione del GOLDSCHMIDT (*Festg. f. Gneist* p. 84 = *Verm. Schr.* 1. 241) che il diritto positivo ha maggior importanza in tema di conservazione e perdita che in tema d'acquisto.

²⁾ Cfr. 30 § 3; 3 § 17 D. *h. t.* Nel caso dello *jactus mercium* le difficoltà - se pure veramente esistevano per i classici, dal momento che il testo più imbarazzante, l. 43 § 11 D. 47, 2, è forse interpolato (cfr. BERGER, *In tema di derelizione* p. 46 sg.) - riguardavano la perdita o meno della proprietà; che il possesso fosse perduto non risulta affatto che fosse oggetto di dubbi.

mente dichiarare che il possesso si perde col semplice *nolle possidere*¹⁾, ma, quali che siano le alterazioni subite dal testo, le quali hanno resa enigmatica l'antitesi in esso affermata tra la perdita della proprietà²⁾ e quella del possesso, nella sua redazione attuale non può esser riferito - come del resto è largamente riconosciuto - se non all'ipotesi di un costituito possessorio, in cui il possesso cessa col cessare dell'*animus* nel senso che il titolare, cessando di voler possedere per sè, conserva la detenzione di fatto della cosa a nome d'altri, diventando possessore '*alieno nomine*'.

Quanto all'altro testo di PAOLO (1 § 4 D. *h. t.*), in cui pure è detto del titolare che *ubi noluit possidere protinus amiserit possessionem*, è stato giustamente notato³⁾ che nella specie la trasmissione della *possessio corpore* - sia pure sotto la forma più spiritualizzata della 'messa a disposizione' - c'era stata: il testo è quindi affatto estraneo al problema dell'efficacia del semplice *nolle possidere*⁴⁾. Chi

¹⁾ Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restitueretur, desinit possidere.

²⁾ Essa può riferirsi o con CUIACIO (*Opp.* 5 720; cfr. BONFANTE, *R. It. per le sc. giur.* 16 (1893) 194) alla necessità - per la trasmissione della proprietà di una causa, la quale veramente viene in considerazione non tanto per la perdita quanto per l'acquisto, o col LENEL (*Ih. Jahrb.* 19. 172) alla necessità delle forme debite per le *res mancipi*: il che - dal punto di vista della perdita del dominio - confermerebbe l'ipotesi del BONFANTE che nella *derelictio* di *res mancipi* l'efficacia immediata non fosse pacifica (cfr. da ultimo BONFANTE, *Rend. R. Ist. Lomb.* 1917 p. 135). Ma, a giudicare dalla seconda parte del testo, l'ipotesi che preoccupava il giurista era quella della trasmissione sotto condizione risolutiva, e non è improbabile che nel testo classico l'antitesi fosse più esplicita, dichiarando apertamente che la trasmissione di proprietà sotto condizione risolutiva è inefficace (cfr. sul tema ELSELE, *ZSst.* 1914 p. 13). Il BESELER (*Beiträge* 3. 146) reputa tutta l'antitesi interpolata: gli elementi formali non mi sembrano decisivi e, dal lato sostanziale, quantunque sia un fatto che Giustiniano tende a esaltare la efficacia autonoma dell'*animus*, l'antitesi non è molto consona ai principi del diritto giustiniano, nel quale pare non si possa negare l'efficacia immediata della derelizione della proprietà.

³⁾ KNIEP, *Vacua possessio* p. 237.

⁴⁾ Il testo si ricollega piuttosto ai dubbi sul rapporto tra perdita e acquisto del possesso nei casi di alienazione (cfr. 18 § 1, 34 pr. D. *h. t.*; 18 pr. D. 43. 16): di fronte a questi dubbi la decisione, alquanto enfatica, può forse esser messa in bocca a Paolo dai compilatori, come pare a VASSALLI, *Miscellanea esegetica* II p. 32. I Basilici (B. 50. 2. 1: Hb. 5. 46) hanno frainteso in modo vizioso il testo, facendogli dire che il marito può, quando voglia, far cessare il possesso della moglie (ὅτε δὲ παύσει ὁ ἀνὴρ λύει τὴν νομήν).

vuol perdere il possesso, conviene che o trasmetta la cosa ad altri, sia pure costituendosi lui rappresentante del nuovo titolare, o - se si tratta di *derelictio* - se ne sbarazzi di fatto in modo da rendere socialmente manifesto il suo disinteresse dalla cosa¹⁾: ma l'ipotesi di un possessore che dopo aver concepito o anche pubblicamente dichiarato la volontà di non possedere continui a rimanere colla cosa in quel rapporto di fatto che realizza gli estremi obbiettivi del possesso è un'ipotesi altrettanto inconcepibile dal punto di vista dei principi quanto dal punto di vista pratico, priva della più remota verosimiglianza²⁾. Non si può, infatti, essere in rapporto volontario e cosciente colla cosa ed esercitare su di essa la propria signoria se non in quanto o ci si consideri come detentori a nome d'altri o - se l'*animus* non è specificamente subordinato all'altrui possesso - si sia senz'altro possessori³⁾. Finchè questo rapporto autonomo dura, dura il possesso, e

¹⁾ Cfr. CZYHLARZ in GLÜCK 41. 1^o tr. it. p. 94 e PEROZZI *ibid.* p. 96 n. e. Critica poco felice in RICCI, *R. It. per la sc. giur.* 13. 343. CUIACIO (5. 694) leggeva 'ἀπόλωλε νόμῳ' intendendo che 'quando vuole perde il possesso': la lezione è forse quella del manoscritto da lui veduto, e che poi si è perduto: il testo non figura nella edizione di FABROTO, e nel Supplemento del REITZ esso è come nell'HEIMBACH.

²⁾ Il problema se sia possibile *derelictio* da parte di un proprietario non possessore non interessa, naturalmente, qui: interessa però il caso addotto da PEROZZI (*l. cit.*), a favore dell'opinione affermativa, della *derelictio* del servo gravato d'usufrutto, giacchè ivi il domino è anche possessore pur non avendo la detenzione. Se peraltro, come credo, quel caso è l'unico, giova notare che ivi non si tratta della *derelictio* tipica, bensì dell'effetto di *derelictio* che la dottrina annette in quel caso alla *manumissio* (ULP. *Reg.* 1. 19; *Fr. Dosit.* 11). Nel caso generale di un possesso esercitato per mezzo d'altri, l'*animus derelinquendi* sarà dal titolare fatto conoscere soprattutto a chi tiene per lui la cosa: se costui, saputo il disinteresse del titolare, continua a tenerla, ne diventa lui possessore e si tratterà piuttosto di una *traditio brevi manu* che non di una *derelictio* seguita da occupazione: se invece abbandona la cosa, si avrà certo *derelictio*.

³⁾ La formula - che in dottrina ricompare sotto vari atteggiamenti (v. per es. WARNKÖNIG in *Arch. f. civ. Prax.* 13 (1830) p. 172; MANDRY, *ibid.* 63 (1880) p. 1 sg.), - secondo cui *a. possidendi* e *a. detinendi* differiscono essenzialmente in quanto il primo non è rivolto ad acquistare o a conservare il possesso per altri, può ben essere criticata come poco conclusiva (WINDSCHEID, § 149 n. 7, tr. it. 2. 1. 43), in quanto non specifica in nessun modo il contenuto; ma colpisce, sia pure torbidamente, nel segno, in quanto chi è in rapporto di signoria colla cosa la esercita o per sé o per altri, e, quando la volontà non è specificamente diretta a voler possedere per altri, il fatto solo di mantenere quel rapporto colla cosa dimostra che si vuol possedere (la l. 5 pr. D. 10. 4 può essere utilmente rievocata). E da questo punto di vista si potrebbe anche trovare un fondo di vero nella nota dottrina dello JHERING.

nessun romano farà mai questione se sussista o no l'*animus possidendi* dal momento che lo si attua col fatto: quando questo rapporto viene meno (*derelictio - traditio* - distruzione o incapacità sopraggiunta dell'oggetto) o cessa di essere autonomo (costituito possessorio), il possesso è perduto: e se nella seconda di queste ipotesi è ovvia la necessità di porre in evidenza la mutazione dell'*animus*, nella prima questo elemento non merita affatto rilievo perchè, essendo un semplice elemento integratore, non può concepirsi disgiunto da quello fondamentale che è la disponibilità della cosa.

Io sarei tentato di interpretare alla stregua di questi concetti quel famoso testo di PAOLO (8 D. 41, 2: 153 D. 50, 17)¹⁾ in cui è dichiarato con singolare energia che il possesso non si perde se non quando concorrano e la cessazione della *possessio corpore* e quella dell'*animus*²⁾: il testo potrebbe cioè significare non che il possesso sopravviva *animo* anche se la disponibilità di fatto è perduta, ma che i due elementi sono così inscindibilmente congiunti che non si può avere cessazione dell'uno se non vi è la cessazione anche dell'altro. Senonchè il testo non è di un giurista antico, nè risulta l'eco di un'antica tradizione³⁾, ma è di Paolo: e in Paolo la dottrina dell'*animus possidendi* è già così sviluppata e portata a qualche applicazione esorbitante, che veramente sembra giocoforza acconciarsi a quella che deve pure essere l'interpretazione giustinianea, che cioè si alluda a quei casi in cui si dice che il possesso si conserva *animo solo*, e in particolare alla occupazione clandestina dei fondi.

Ma quella stessa logica che consentiva a Paolo, in base al dogma dell'*animus possidendi*, di ammettere la conservazione *solo animo*, doveva imporgli di escludere la possibilità della perdita *solo animo*: ed ecco da un punto di vista strettamente dogmatico confermata l'inter-

¹⁾ L. 65 *ad E.*, LENEL p. 752: era in tema di interdetti: forse con riferimento al '*cum ille possideret*' dell'*unde vi*.

²⁾ L'interpretazione di '*utrumque*' in senso disgiuntivo (SAVIGNY, nelle prime edizioni del suo '*Possesso*': cfr. *Tr. de la Possession*, tr. fr., p. 290; ALIBRANDI, *Opp.* I. 264), oltre che lessicalmente forzata, è anche in contrasto colla struttura logica del testo.

³⁾ Come pensa p. es. il KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* 2. 339. Il prossimo adentellato è la l. 44 § 2 *h. t.* di PAPINIANO, dove pure la prevalenza data all'*animus* pare frutto di interpolazione (cfr. RICCOBONO, *R. It. per le sc. giur.* 14. 359; BESELER, *Beiträge* 3. 146).

polazione felicemente intuita dal BESELER¹⁾ in un altro testo di Paolo (l. 3 § 6 D. h. t.) e che si spiega solo con quella prepotente simpatia dei compilatori per l'elemento dell'*animus* che li porta a incentrare su di esso ogni problema, anche a costo di rinnegare la logica più elementare.

*
* *

4. Alle regole normali si riconducono senza difficoltà anche alcune ipotesi che a prima vista potrebbero sembrare anormali, ed esigere, per la loro spiegazione, il ricorrere ad una particolare efficacia autonoma dell'elemento dell'*animus*. Basta infatti tener presente che, a seconda dell'oggetto del possesso e del modo con cui si attua la utilizzazione economica della cosa giusta la sua funzione normale, si è più o meno rigidi nel valutare, ai fini possessori, le conseguenze di una temporanea, occasionale o anche periodica cessazione della disponibilità.

Dal regime degli oggetti mobili inanimati - dove la giurisprudenza non ha potuto a meno di attenersi puramente e semplicemente al criterio realistico della *custodia*²⁾ - si arriva a valutazioni più larghe in tema di oggetti mobili animati (animali e schiavi) e di fondi: casi in cui non si può escludere che sull'adozione di criteri più squisitamente elaborati possa avere influito anche la considerazione della maggiore importanza economica.

Ma si tenga presente che questa più squisita elaborazione si impernia tutta quanta sull'elemento di fatto del possesso, anzi sugli estremi della '*possessio corpore*', non mai su una particolare configurazione od efficacia da dare in questi casi all'*animus* del titolare.

La norma contenuta nelle fonti circa la conservazione del possesso di animali mansuefatti³⁾ non ha nulla di veramente eccezionale.

¹⁾ *Beiträge* 3, 146: a lui aderisce KUEBLER, *Berl. philol. Wochenschrift*, 1914, p. 1258. Sulla ricostruzione testuale ((et corpus (?) et)...) si potrebbe fare qualche riserva, ma la manipolazione del testo e soprattutto l'aggiunta dell'inciso *igitur potest* mi pare sicura. Non credo però che si possa col GOLDSCHMIDT (*Verm. Schr.* 1. 343 sg.) trovare proprio nella l. 8 D. h. t. una prova della tendenza di Paolo a escludere la perdita *solo animo*.

²⁾ Cfr. specialmente 3 § 13 D. h. t.; l. 47 *eod.*, dove l'interpolazione ammessa dal BESELER, *Beiträge* 3. 89, 110, e dal VASSALLI, *Miscell.* 2. 41, avrebbe carattere formale: cfr. anche ALBERTARIO, *Corso* 2 p. 16.

³⁾ Cfr. *Gai.* 2. 68, dove il problema del possesso è il presupposto di quello della proprietà; *Coll.* 12. 7. 10; l. 4, 5 § 5 D. 41. 1; 3 § 15-16 D. 41. 2. Per lo schiavo cfr. l. 47

Quando l'animale si è temporaneamente allontanato ma si sa che ritorna regolarmente, e - di fatto - la sua assenza non si protrae oltre i limiti normali ¹⁾, il possesso perdura non perchè la volontà di possedere del titolare supplisca alla cessazione della disponibilità di fatto, ma perchè questa, rettamente intesa, non è affatto cessata, in quanto l'animale finchè, pur allontanandosi di tratto in tratto, fa sempre capo a me, rimane sempre, per così dire, nella mia sfera d'influenza: è la valutazione obbiettiva quella che conta, non la credenza o speranza - per fondata che sia - che il possessore abbia nel ritorno dell'animale ²⁾.

Considerazioni non dissimili vanno fatte per il caso dei *saltus*, notevole non tanto per una sua particolare gravità quanto perchè assunto come esempio tipico dalla dottrina proculeiana che ha trovato per esso una formola che è, a dir vero, altrettanto inesatta quanto inutile e altrettanto inutile quanto pericolosa.

All'ipotesi dei *saltus* alludono i seguenti testi:

27 D. 41. 2. PROCULUS l. 5 *epistolarum*. Si is *qui animo possessionem saltus retineret*, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.

44 § 2 D. eod. PAPINIANUS l. 23 *quaestionum*. Nam saltus hibernos et aestivos, (45: id. l. 20 *defin.*) licet neque sesvnm neque colonum ibi habeamus, (46) quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Ut enim eodem modo vinculum obligationis solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignorantia tolli possessio *quae solo animo tenetur*.

1 § 25 D. 43. 16. ULPIANUS l. 69 *ad Ed.* Quod vulgo dicitur *aestivorum hibernorumque saltuum nos possessionem animo retinere*, id exempli causa didici Proculum dicere...

D. 41. 2 (*quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare*).

¹⁾ Questo rilievo è fatto molto nettamente da TEOFILO, *Paraphr.* 2. 1. 15.

²⁾ Su la l. 3 § 13 *h. t. v.* i dubbi di ALBERTARIO, *Corso di d. romano* (Camerino) 1913-14 p. 16. Gli elementi formali mi pare gli diano ragione, ma non credere che veramente il testo si ispiri a più larghe vedute giustinianee: anche qui si dà importanza sempre alla disponibilità di fatto, cacciando anzi in seconda linea l'elemento psicologico.

3 § 4 D. 41. 2 PAULUS l. 54 ad Ed. *Saltus hibernos aestivosque animo possidemus* quamvis certis temporibus eos relinquamus.

PAULUS Sent. 5. 2. 1. Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, *retinere tamen nudo animo possumus sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.*

Non solo PAOLO, nell'ultimo testo, indica il caso di *saltus* come meramente esemplificativo, ma PROCULO stesso - secondo la notizia data da ULPIANO che non c'è ragione di ritenere in questa parte alterata ¹⁾ - considerava questa come una - fosse la prima presa in considerazione ²⁾, e la più istruttiva - delle varie ipotesi possibili, per le quali il perdurare del possesso si doveva - a suo avviso - giustificare attraverso il concetto della conservazione *animo solo*. La costruzione dogmatica proculeiana è qui la stessa che nel caso della *traditio brevi manu*: come là essi attribuivano all'*animus* questa funzione di supplire a una meno intensa o meno appariscente attuazione dell'elemento di fatto che peraltro, con una esatta valutazione, non si può affatto dire mancante, anche qui la regola è eccessiva nella sua formulazione ³⁾, mentre è sempre perfettamente normale la fattispecie a cui viene applicata. Forse, quando PROCULO e i suoi immediati seguaci introdussero o elaborarono scientificamente la regola ⁴⁾, questa poteva ancora costituire uno spediente opportuno per spiegare un caso in cui l'apprezzamento sociale, riconoscendo la sussistenza del possesso, si trovava in certo modo in anticipo sulla dottrina che non era ancor giunta a emanciparsi sufficientemente da una concezione troppo rigi-

¹⁾ La generalizzazione assoluta fatta nella fine del testo non corrisponde certo alla veduta della scuola proculeiana giacchè esorbita, come vedremo, dai reali presupposti da cui essa non si dipartiva. Se corrisponda alle vedute di ULPIANO resta dubbio, mancando altri testi suoi di controllo: ma la bruttissima forma (*ex omnibus praeditis... idem est!* scorretta attrazione dell'*ex quibus* che segue, *recedemus... vellemus*: patente sconcordanza, occasionata forse dall'assonanza) desta in me sospetti non lievi.

²⁾ ALIBRANDI *Opp.* l. 286; KNIEP, *Vacua possessio* p. 112.

³⁾ Che la formola dei giureconsulti ecceda qui il pensiero - caso del resto non unico - è riconosciuto largamente in dottrina: v. in particolare ALIBRANDI, *Opp.* l. 227 (la formola restringe troppo la nozione del fatto del possesso); ACCARIAS, *Instit.* l. 550 n. 1; BONFANTE, *Lez. sul possesso*, 1906, p. 117; VON MAYR, *Roem. Rechtsgesch.* 2. 2. l. 65.

⁴⁾ Il '*vulgo dicitur*' del testo ulpiano fa pensare a un adagio tradizionale: cfr. altri adagi, riferiti con formola uguale, in materia di possesso, raccolti da BREMER, *Iurispr. antehadr.* 2. 2. 592.

damente materialistica del possesso nei suoi presupposti di fatto: ma una volta che, già dai classici, questa concezione fu largamente superata, si sarebbe potuto vedere che l'elemento della disponibilità di fatto in questo caso non faceva difetto, e che non c'era quindi bisogno di ricorrere alla formola della conservazione '*animo solo*'. La disponibilità, ossia la '*possessio corpore*', va valutata in funzione della normale destinazione economica della cosa: trattandosi di *saltus hiberni et aestivi*, di fondi cioè di cui lo sfruttamento non è possibile o quanto meno non è economicamente utile se non in determinate stagioni¹⁾, ne ha il costante possesso chi li sfrutta con quella regolare periodicità che è a loro caratteristica, senza bisogno di risiedervi permanen-

¹⁾ Per l'antitesi tra *saltus* e *fundus* v. ELIO GALLO, l. 2 *de verb. signif.*, riferito da FESTO, v. *saltus* (p. 302 M; 434 T; 392 I.): *saltus est, ubi silvae et pastiones sunt, quarum causa casae quoque: si qua particula, in eo saltu pastorum aut custodum causa aratur, ea res non peremit nomen saltus: non magis quam fundi, qui est in agro cultus et eius causa habet aedificium, si qua particula in eo habet silvam*. L'antitesi è imperniata essenzialmente sulla destinazione economica principale della cosa: la conseguenza pratica che, ai fini possessorii, è da trarne, è che anche per le piccole parti coltivate che si trovino nel *saltus* si applicheranno, per la conservazione e la perdita del possesso, i criteri proprii del *saltus*, esigendo cioè con minor rigore l'attualità dello sfruttamento.

Più interessante è un passo di FRONTINO (*de controversiis* p. 44 ed. LACHMANN) in cui, accennata la possibilità di *interdicere* anche *de loco* (cfr. ULPIANO 60 D. 50. 16), avverte che non è prudente rimanere all'interdetto se la *possessio* è *minus firma*, consigliando in tal caso i rimedi petitorii:

'de loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur: magis enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima. Si vero possessio minus firma est, mutata formula iure quiritium peti debet proprietatis loci'.

E casi di *possessio minus firma* sono appunto:

'si ... locus est fere silvester, quo in genere est possessio minus firma, ne certetur interdicto; quod si silva cedua sit, post quantum annum parcissime repetatur... si vero pascua sit et dum ac loca paene solitudine derelicta, multo minorem possessionis habent fidem. propter quod minime de his locis ad interdictum iri debet. De quibus autem locis ad interdictum iri potest sunt fere culta, quae possessionem brevioris temporis testimonio adipiscuntur, ut arva aut bineae aut prata aut aliud aliquod genus culturae'.

Cfr. BRUGI, *Le dottr. giurid. degli agrimensori rom.*, p. 305; GOLDSCHMIDT, *Verm. Schr.* I. 272. L'importanza decisiva è sempre data alla frequenza e regolarità degli atti con cui si esercita la signoria: se il fondo è tale da non consentire frequenti e regolari atti d'esercizio, provare il proprio possesso può riuscire difficile e quindi non consigliabile, di fronte alle gravi conseguenze che il diritto classico connette alla soccombenza nel processo interdittale.

temente e di lasciarvi un rappresentante: cosa talora addirittura impossibile e in ogni modo socialmente inutile.

Un giureconsulto dell'età classica più inoltrata avrebbe quindi potuto muovere alla formula proculeiana della conservazione *solo animo* quella stessa critica che GAVOLENO muove alla formola dell'acquisto *solo animo* messa innanzi da LABEONE: se ciò non fu fatto dipende, io credo, soprattutto da ciò che quella si presentava come assai meno pericolosa di questa.

Dobbiamo infatti riconoscere che tutti i classici - almeno fino a PAOLO - non hanno abusato di questa formola: e ciò per la solita ragione che la esatta e concreta nozione del possesso, ad essi sempre presente, li preservava da qualunque aberrazione di sostanza, se anche nella espressione usata si lasciarono andare oltre il segno.

Gli altri casi in cui ci imbattiamo nelle fonti classiche si riferiscono all'ipotesi di un breve allontanamento del titolare, o del suo rappresentante, dal fondo: allontanamento che è perfettamente compatibile non tanto colla persistente volontà di possedere quanto, obiettivamente, col permanere della piena disponibilità del fondo. GAIO (4. 153), che pure conserva un'eco di dubbi che la dottrina proculeiana avrebbe suscitato, quantunque - in omaggio appunto alla formola che ha trionfato presso i più - metta in rilievo l'elemento dell'*animus*¹⁾, allude a un allontanamento provvisorio il cui carattere è anche esteriormente rilevabile per mille indizi che l'apprezzamento comune coglie assai meglio che non possa la dottrina formularli *a priori*: i quali indizi attestano l'apparenza di non libertà della cosa²⁾.

Lo stesso si dica per l'altro testo in cui ULPIANO, l. 69 *ad. E.* (I § 24 D. 43. 16) parla di conservazione *animo* quando il possessore

'de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto', perchè il '*mox reversuri*' che immediatamente segue attesta il carattere di questa breve assenza, di cui l'andata al mercato - l'ipotesi fatta in un altro passo ulpiano di cui avremo ad occuparci (l. 69 *h. t.*) - è forse la fattispecie che meglio si presta come esemplificazione.

¹⁾ L. cit.: si non relinquendae possessionis animo sed postea reversuri inde discesserimus.

²⁾ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Verm. Schr.* 1 p. 259; KRUECKMANN. in *Arch. f. civ. Prax.* v. 108 p. 302.

Lo stesso ancora - in ordine all'allontanamento momentaneo del rappresentante - va detto per il testo di Pomponio l. 32 *ad Sab.* (31 D. h. t.: *exisset et eo redisset*)¹⁾.

Tutti casi, questi, in cui il dire che il possesso si conserva *solo animo* non significa affatto che non lo si perde perchè non si ha l'*animus* di perderlo, ma perchè di fatto i presupposti obbiettivi, sia pure attenuati²⁾, non son venuti a mancare: l'*animus* non è quindi qui la semplice volontà di possedere, o di non cessar di possedere, ma - come sempre - la volontà di chi sa che la cosa è sempre nella sua sfera d'azione e che la sua signoria, se anche momentaneamente non attuata, è pur sempre socialmente riconosciuta.

Che a queste concezioni la dottrina romana sia arrivata per gradi è *a priori* verosimile, sebbene tracce positive di un regime più materialistico non ne troviamo, e sia anche difficile immaginare che, in ordine ai fondi - l'oggetto principale e forse anche primitivo su cui si foggì la *possessio* romana, abbia potuto funzionare praticamente un sistema che esige, per la conservazione del possesso, che il titolare o i suoi rappresentanti rimangano giorno e notte nel fondo senza sco-

¹⁾ In questi limiti normali mi pare di poter far rientrare il caso assai discusso della l. 4 C. 7. 32 (DIOCLET. et MAXIM. *Nepotianae* a. 290): Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si igitur desertam praediorum possessionem non derelinquendi adfectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest. Credo anch'io col SAVIGNY (*Tr. de la poss.* p. 316 n. 2: così anche ALIBRANDI l. 289: diversamente KLEIN, cit. in UBBELOHDE, nella continuaz. di GLÜCK, libri 43-44 parte 5^a, tr. it. p. 57 n. 38 b) che *deiectio* non ci fosse stata: ma non è esatto dire nè che solo colla *deiectio* il possesso si perda (KNIEP, *Vacua possessio* p. 62), nè che il possesso si conservi perchè lo si abbandonò per paura e non per libera risoluzione (ALBERTARIO, *Corso cit.* 2. p. 28), per quanto quest'ultimo concetto possa secondo me corrispondere all'intima tendenza giustiniana. La decisione imperiale deve, a mio avviso, trovare la sua giustificazione non nel fatto del timore come tale, ma nella natura degli avvenimenti (una guerra, per esempio, come già fu pensato: cfr. FERRINI, *Pandette* p. 332 n. 3) che determinarono il timore e il conseguente abbandono: se si tratta di un impedimento tale alla utilizzazione del fondo che corrisponde, come ipotesi eccezionale, a quello rappresentato normalmente nel caso dei *saltus* dal periodico avvicinarsi delle stagioni che ne possono rendere difficile o anche impossibile l'accesso, il regime giuridico può, senza alcuna offesa ai principi, essere lo stesso.

²⁾ V. in questo senso ALIBRANDI, *Opp.* l. 220, 223 e *alibi*: e anche FADDA, *Il diritto romano nella pratica*, in *Filangieri* 1894 p. 98.

starsene mai¹⁾. Il possesso è sempre stato un fenomeno sociale, non materiale: la valutazione può essere stata più o meno fine, più o meno squisita, ma sempre si è trattato di interpretare il fenomeno così come la coscienza generale lo sentiva. Io richiamo l'attenzione su un'applicazione di concetti possessori che è indubbiamente antichissima, l'*usus* come modo d'acquisto della *manus* della donna. L'interruzione del 'possesso' e della conseguente 'usucapione' della *manus* è conosciuta *ab antiquo* anzi, nella pratica, provocata volontariamente: il termine massimo di tre notti consecutive di assenza (*trinocții usurpatio*) stabilito tassativamente dalle XII Tavole²⁾ mostra come già nell'apprezzamento di quell'età primitiva la signoria di fatto non poteva ritenersi seriamente interrotta se non quando la sua realizzazione avesse subito un arresto che potesse apparire come duraturo³⁾.

CAPO II.

Sommario. — 1. L'occupazione clandestina dei fondi: il regime originario. — 2. L'*exceptio clandestinae possessionis* e la dottrina del doppio possesso. — 3. La dottrina della conservazione del possesso al titolare che ignora l'occupazione. — 4. Suo riferimento all'*animus possidendi* e conseguente deformazione del concetto relativo. — 5. Il possesso del *furtivus*.

1. Delle anomalie che presenta il regime della conservazione e perdita del possesso, la più antica, della cui origine classica non sembra lecito dubitare, è quella che riguarda i fondi occupati clandestinamente: dei quali il possesso non si perde se non quando il

¹⁾ Già il GEFANIO (*ad l. 3 h. t. n. 82*) notava che in questi casi la disponibilità materiale sopravvive *δυνάμει*.

²⁾ GAI. I. 111; cfr. GELL. N. A. 3. 2. 13 (dove è riferita una decisione di Q. Mucio a cui dal punto di vista della dottrina classica del possesso e dell'usucapione difficilmente si potrebbe sottoscrivere). — E in tema di matrimonio - un istituto in cui i concetti possessorii trovano spesso dei parallelismi notevoli - PAOLO ci insegna (PAUL. I. 35 *ad Ed.*, l. 3 D. 24. 2.) che il ripudio seguito dopo breve tempo dalla riconciliazione dei coniugi non si considera neppure come avvenuto.

³⁾ A un caso di breve assenza durante la quale il possesso si conserva pare alludere CIC. *pro Tullio* 7. 17: quando Fadius fa al compratore la *demonstratio finium* della *centuria Populiana*, il *procurator* e i servi di Tullius ne erano per il momento assenti, e pure si riconosce che Fadio non ha con ciò consegnato la *vacua possessio*.

titolare sia venuto a conoscenza dell'occupazione e tenti invano il ricupero o vi si rassegni. L'anomalia merita di essere studiata un po' a fondo, sia nella sua genesi storica che nella sua giustificazione logica, sopra tutto per dimostrare come, sorta forse già in un'epoca in cui la formola dell'*animus possidendi* era ancora ben lontana dall'aver trovato il suo pieno riconoscimento, ha finito per esservi ricondotta, determinando come necessario contraccolpo una deformazione, non tanto nel concetto dell'*animus* in se stesso considerato, quanto nella concezione dei rapporti tra esso e l'elemento di fatto: deformazione che prelude in certo senso ad altre aberrazioni ben più gravi.

È certo che la massima sopra ricordata non è originaria: ciò risulta dalla logica stessa dell'istituto del possesso, anche se non vi fossero elementi testuali che lo provano all'evidenza e che ci sono utili soprattutto per datare, con sufficiente approssimazione, l'inizio della nuova dottrina.

Il possesso si impernia sulla signoria di fatto o quanto meno sulla possibilità — sia pure valutata con larghezza di criteri — di esercitare quando si voglia tale signoria sulla cosa; per conseguenza, quando questa disponibilità è venuta meno, il possesso non dovrebbe poter sopravvivere.

Per i mobili, in ordine ai quali l'allontanarsi dai presupposti materialistici del possesso poté per un verso parere più difficile e, per l'altro, anche meno necessario, sia per la loro minore importanza economica, sia specialmente, secondo me, per la funzione recuperatoria dell'*interdictum utrubi* in diritto classico, il principio è rimasto senza eccezioni: se l'oggetto mi è sottratto anche a mia insaputa, io ne perdo senz'altro il possesso¹⁾. Pei fondi, in origine avveniva lo stesso: se alcuno occupa clandestinamente un fondo ne diviene possessore, e il possesso precedente cessa di esistere. La stessa espressione '*clandestina possessio*', '*clam possidere*', largamente usata nelle fonti²⁾, è di per sé la miglior prova di questo fatto, giacchè i classici non abu-

¹⁾ 15 D. h. t. (GAI. l. 26 ad E. prov.).

²⁾ Cfr. *Vocab. iur. rom. s. v. clam, clandestinus*: in particolare GAI. 4. 154. PAUL. *Sent.* 5. 6. 7; 2 D. 43. 17; 53 D. 41 2. V. anche CIC. *de l. agr.* 3. 3. 11. Per il parallelismo tra '*vi*' e '*clam*' fuori delle fonti giuridiche v. p. es. CIC. *pro Trullio* 53; *ad Att.* 10. 12a. 2; AMM. MARCELL. 30. 1. 18. V. pure DIONYS. HAL. 10. 32 (ὅσα δὲ βιασάμενοι τινες ἡ κλοπῇ λαβόντες), con riferimento alla *lex Iulia de Aventino publicando*, certo secondo una redazione relativamente recente.

sano del valore tecnico delle espressioni: l'occupante sarà possessore 'clam', come lo spogliatore violento è possessore 'vi' e chi ha ottenuto la cosa a precario è possessore 'precario', ma sono tutti e tre veri ed unici possessori della cosa. Che il precedente titolare sappia della avvenuta occupazione - come avverrà nel caso del precario da lui medesimo concesso, o nel caso di *deiectio* se il possesso era tenuto da lui direttamente - o invece la ignori - come avviene coll'occupazione clandestina -, non può avere importanza dal momento che la signoria sulla cosa è oramai di fatto esercitata da un altro.

Se in antico il precedente titolare avesse in tutti e tre questi casi un mezzo per riavere il suo possesso, rimane dubbio, giacchè, di fronte all'esistenza degli *interdicta de vi* per un caso e dell'*int. quod precario* per l'altro ¹⁾, non è punto sicura quella dell'*int. de clandestina possessione* ²⁾: e se le fonti non ci danno sufficiente luce su questo

¹⁾ Il carattere possessorio dell'*int. quod precario*, giustamente negato dai più, in antitesi al SAVIGNY (v. largamente UBBELOHDE, *l. cit.* p. 238), per il diritto giustiniano e per il diritto classico più evoluto (manca anche negli elenchi di GAIO), deve a mio avviso ammettersi per l'età più antica. Allora infatti la concessione a precario implicava sempre trasmissione di possesso (la possibilità di un precario senza possesso è ammessa per primo da GIULIANO [33 § 6 D. 41. 3], lo stesso che ammette tale possibilità nel sequestro [39 D. 41. 2 it. *et hoc approbatum*] ALIBRANDI, *Opp.* 1 p. 243; BONFANTE, *Istit.* p. 335 n. 2], e poi da POMPOONIO [10 § 1 D. 41. 2] nel caso di un rapporto intrecciato di precario e di locazione: in ULPIANO [6 § 2 D. 43. 26] è paragonato al *fructuarius*, al *colonus*, all'*inquittus* colui che 'rogavit ut precario in fundo moretur': e non era ancora iniziata la progressiva attrazione del precario nella categoria dei rapporti obbligatori, colla relativa applicazione della *condictio* e dell'*a. praescriptis verbis*. È questa attrazione che rende sempre più anomalo il possesso del precarista, che forse non era tale in origine: e in origine il concedente non aveva altro mezzo che l'*interdictum* per recuperare il possesso di cui s'era spogliato. Mancano elementi per accertare se l'*interd. quod precario* sia o no anteriore all'*exc. vitiosae [precariae] possessionis* nell'*uti possidetis*: sul tema v. SCIALOJA in *Studi per l'VIII Cent. di Bologna*, p. 227.

²⁾ La dottrina più recente è propensa ad ammetterlo (v. con larghe indicazioni LENEL, *Edictum*⁵ p. 453; VON MAYR, *Roem. Rechtsgesch.* 2. 2. 1. 72; ALBERTARIO, *Corso cit.* 2. p. 115). Certo il testo su cui si argomenta (7 § 5 D. 10. 3, Ulp. l. 20 ad E.) non è decisivo, giacchè l'inciso interessante, se anche non è un'interpolazione o un glossema (così PEROZZI *Istit.* 1. 572: *contra* BERGER, *Teilungsklagen* p. 78 sg.) può sempre riferirsi all'*exc. vitiosae possessionis* anche per diritto classico, come deve farsi per diritto giustiniano. Certo il testo non è interpolato nel senso supposto dal KNIEP, *Vacua possessio* p. 472, secondo cui s'allude qui al nuovo rimedio della l. 11 c. 8. 4: quella costituzione non crea un rimedio nuovo, ma una applicazione nuova, per quanto anomala, dell'*unde vi*: v. più oltre nel testo, c. 4 § 4.

punto, non abbiamo ragione di maravigliarcene perchè se anche esso è esistito nella più antica età classica, è sparito nella redazione giuliana dell'editto, e i testi in tema di possesso e di interdetti possessori sono nella grande maggioranza posteriori a GIULIANO. Se poi c'è periodo in cui l'esistenza di tale interdetto parrebbe più necessaria, è quello più arcaico - anteriore all'inserzione dell'*exc. vitiosae possessionis* nell'*uti possidetis* -, e su quell'epoca la nostra ignoranza è quasi assoluta. Certo è però che in quell'epoca una tutela del precedente possessore di fronte all'occupante clandestino non è concepibile che mediante un interdetto recuperatorio, diretto a ottenere la restituzione di un possesso che è di fatto perduto. Ciò, s'intende, a prescindere dalla *rei vindictio* ove se ne abbia il diritto, e dall'*actio furti*, giacchè è da tener presente che nell'epoca antica l'occupante clandestino di un fondo era considerato come *fur*.

*
* *

2. Colla introduzione, che è assai antica¹⁾, dell'*exceptio vitiosae possessionis* le cose mutano, ma unicamente rispetto al meccanismo della difesa accordata al possessore precedente.

Lo schema tipico dell'interdetto (*uti eum fundum possidetis ita possideatis: adversus ea vim fieri veto*)²⁾ viene modificato colla inserzione della clausola '*quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*'³⁾; ma con essa il pretore non pensa affatto a negare la qualità di possessore a chi ha occupato il fondo *vi*, *clam*, *precario*, ossia a subordinare l'acquisto del possesso all'assenza di lesione altrui nelle tre forme tipiche: ciò, oltre all'essere un assurdo dal punto di vista del possesso romano, andrebbe troppo al di là dello scopo molto circoscritto che il pretore si propone, che è di impedire che di un

¹⁾ L'*exc. vitiosae possessionis* è già nota a TERENCE (*Eunuco* v. 319 [2. 3. 28]) nel 161/593: essa compare, nell'*int. de vi non armata*, nell'*alex agraria*, del 111/643. Pare quindi la più antica figura di *exceptio* che si conosca: profondamente diversa però, sotto vari aspetti, dall'*exceptio* tipica della procedura formulare.

²⁾ La redazione conservata da FESTO (*s. v. possesso*, p. 233 M.; 292 T.; 260 L.) è quella più vicina all'originale.

³⁾ Questa forma più antica, conservata da FESTO, fu poi sostituita dal semplice inciso '*nec vi... ab altero*' subordinato alla proposizione '*uti... possidetis*': nell'*unde vi* è rimasta la redazione più antica.

possesso così viziato si tenga conto di fronte all'avversario a cui il vizio si riferisce. Il vero e unico possessore è sempre chi di fatto è sul fondo e vi esercita la sua signoria, tanto è vero che di fronte a terzi egli ha sempre la difesa interdittale¹⁾: soltanto, l'inserzione dell'*exceptio* nell'*int. de vi non armata* fa sì che il titolare precedente può scacciarlo senza per questo commettere una *vis*²⁾, in quanto il pretore riapre in certo modo la via, in questo caso speciale, alla difesa privata, dopo averla esclusa come regola generale: e l'inserzione dell'*exceptio* nell'*uti possidetis* fa sì che il precedente titolare può con tutta sicurezza sfidare l'usurpatore nella procedura relativa, sicuro non soltanto di non soccombere ma - secondo l'opinione che credo preferibile³⁾ - anche di ottenere la vittoria.

Ma questa che è una conseguenza, anomala, se si vuole, ma inevitabile, del carattere duplice dell'interdetto, non vuol dire che il titolare, il cui possesso *vi clam* o *precario* sia occupato da altri, non abbia in realtà perduto il possesso, tanto è vero che, di fronte ad altro che non sia il possessore vizioso, egli non ha nessuna difesa in sede possessoria: questa spetta al possessore vizioso e a lui solo.

L'*exceptio vitiosae possessionis* negli interdetti possessorii, e in particolare nell'*uti possidetis* è senza dubbio l'istituto più interessante di tutto quanto il sistema della difesa possessoria, perchè rappresenta la prima introduzione nel regime possessorio di elementi che non siano esclusivamente di fatto⁴⁾, e il punto di partenza di quella valutazione etica che, se in tema di interdetti si è arrestata a questo punto iniziale, si è svolta in modo assai più completo in tema di usucapione.

¹⁾ Cfr. l. 1, § 9-2-3 pr. D. 43. 17.

²⁾ GAL. 4. 154; PAUL. *Sent.* 5. 6. 7.

³⁾ Quest'opinione - del resto assai autorevolmente rappresentata (SAVIGNY, BRUNS, VANGEROW, NABER, GIRARD, BONFANTE ecc.) - è confermata sia dai testi (l. 3 D. h. t.) che dal meccanismo dell'*uti possidetis* col suo carattere duplice, che a sua volta richiama, con singolare parallelismo, la duplicità della *vindicatio* e *contravindicatio* della procedura petitoria primitiva. L'anomalia di questa funzione recuperatoria è sentita anche dai classici, che per attenuarla ricorsero - come si vedrà nel testo - alla teoria del doppio possesso.

⁴⁾ Questa compenetrazione della prova dello stato di fatto con quella di elementi per sé non strettamente possessorii spiega la dichiarazione, in sé falsa, di QUINTILIANO *Inst. or.* 7. 5: «ut in sponsionibus quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio sed tantum possessionis, tamen non solum possedissee nos sed etiam nostrum possedissee docere oportebit». C'è da provare il possesso e l'assenza di vizio *alter ab altero*,

Di fronte alla logica del possesso, questo meccanismo processuale, che impone alle volte di non proteggere un vero possessore o di dare la vittoria a un non possessore come se possedesse, rappresenta un elemento perturbatore: e questo carattere non poteva a meno di essere sentito vivamente dai classici, particolarmente dai più antichi. Solo così si spiega come abbia potuto sorgere una delle più singolari dottrine che nel campo del possesso abbiano mai germogliato, quella del doppio possesso. Se il possessore vizioso – hanno pensato i giuriconsulti – è vero possessore, e tutelato di fronte ai terzi come tale, e se d'altra parte anche il precedente è tutelato nel senso che può vincere di fronte all'usurpatore con un interdetto *retinendae possessionis*, vuol dire che in questo caso i due contendenti sono entrambi possessori, uno giusto e uno ingiusto '*alter ab altero*'. La dottrina è fra le più antiche che si siano elaborate in tema di possesso, giacchè risale a TREBAZIO¹⁾: ma, quantunque abbia avuto un certo seguito, non ha avuto, e non meritava di avere, incondizionato favore.

I giuriconsulti non erano così amanti di costruzioni artificiose da lasciarsi indurre coll'unico scopo di armonizzare un po' meglio colle regole generali del possesso il regime positivo dell'interdetto, di cui l'inserzione dell'*exceptio* aveva turbato la logica rispondenza primitiva. Essi preferiscono prendere il regime positivo così come è, colla sua anomalia non dissimulata, e tener ferma al tempo stesso la concezione del possesso secondo la sua logica interna. La critica alla dottrina di TREBAZIO era facile, e fu energicamente formulata già da LABEONE. Il fatto che nel regime degli interdetti il possessore vizioso

¹⁾ Cit. in PAOLO l. 3 § 5 D. 41. 2. Con TREBAZIO, il requisito dell'*a. possidendi* non era ancora elaborato: non è quindi su questa base che la dottrina del doppio possesso è sorta. Essa parrebbe esservi ricondotta da POMONIO (l. 15 § 4 D. 43. 26), ma il testo è per me sicuramente alterato. Prescindendo completamente dalla larga letteratura in proposito, osservo che dei due possessi (del precarista e del concedente) di cui si discute, il più indubbio era per POMONIO il primo (*nancisci possessionem non est dubium*) ed è quindi ben difficile che potesse qualificarlo come un '*possidere corpore*' – espressione che, in antitesi a *p. animo*, non può che alludere alla mera detenzione. E, di più, poteva un classico dire che il concedente conserva il possesso *animo*, quando egli sa che colla concessione la *possessio* si trasferisce? L'antitesi avrebbe dovuto essere tra possesso *ad interdicta* (che è *corpore et animo*) e *p. ad usucapionem*. In realtà l'antitesi rimane bislacca anche riferita ai compilatori: è scusabile forse solo pensando che per Giustiniano il precario senza trasmissione di possesso è forse la figura più anomala, di fronte al nuovo carattere che il precario ha assunto.

non sia protetto di fronte all'avversario a cui il vizio si riferisce non vuol dire che il possesso sussista contemporaneamente presso l'avversario: il possesso, come rapporto di fatto, va apprezzato nei suoi elementi di fatto: ora la signoria non può essere contemporaneamente ed in solido di due titolari¹⁾: chi è in grado di esercitarla, sia pure a titolo vizioso, è possessore, chi non lo è non è possessore, quando anche, sotto certi presupposti, gli giovi per recuperare il possesso quello stesso rimedio che normalmente serve alla tutela del possesso attuale.

Anche SABINO ammetteva il doppio possesso ma, a giudicare dal riferimento di PAOLO nella l. 3 § 5 e da quanto conferma POMPONIO nel commento *ad Sabinum*²⁾ egli pensava non all'ipotesi della *possessio iusta* ed *iniusta* ma a quella della divisione degli effetti del possesso, in quanto alcuno si considera come possessore agli effetti pretorii (tutela interdittale) e altri agli effetti civili (usucapione)³⁾. Le tracce posteriori della dottrina hanno però di nuovo riferimento esclusivo all'ipotesi della *possessio iusta* ed *iniusta*, col richiamo dei tre casi tipici contemplati nell'*exceptio*: così in GIULIANO, l. 49 *Dig.*, 19 D. 43. 26⁴⁾ e in ULPIANO, l. 69 *ad Ed.*, 3 pr. D. 43. 17, e l. 76 *ad Ed.*, 17 pr. D. 41. 2⁵⁾.

¹⁾ L. 3 § 5 D. 41 2. ... quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat. Al PERNICE (*Labeo* 2^a. l. 415) la critica di Labeone parve poco felice; probabilmente perchè egli considera il problema dal punto di vista - che vedremo - di PAOLO e di GIUSTINIANO. Ultimamente lo STINTZING, *Besitz. Gewere und Rechtschein*, in *Arch. f. civ. Prax.* 109 (1912) p. 362, suppone interpolati i due incisi *contra-videaris*; *non magis-videaris*: ma queste giustificazioni materialistiche non mi paiono davvero di conio giustiniano. — Contro la *possessio plurimum in solidum* v. anche CELSO in l. 5 § 15 D. 13. 6.

²⁾ L. 15 § 4 D. 43. 26.

³⁾ Al caso del precarista da lui citato - e che è come tale comune alle due antitesi in quanto il 'precario' è uno dei tre vizi - andrebbero aggiunti quelli del creditore pignoratizio e del sequestratario: per questo riferimento della dottrina del doppio possesso v. RICCOBONO, *BIDR.* 23 p. 14. Per i testi in cui la *possessio precario* è detta *iusta* v. più oltre nel testo (c. 5^a § 6).

⁴⁾ Duo in solidum precario habere non magis possunt quam duo in solidum vi possidere aut clam: nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt.

⁵⁾ 3 pr. D. 43. 17: ... Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam: ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: per il riferimento dell'altro testo al problema del doppio possesso v. PERNICE, *Labeo* 2^a. l. 415 (secondo LENEL, *Pallog.*, ULP. n. 1692, andrebbe riferito al divieto di alienazione della *res litigiosae*).

PAOLO, nella l. 3 § 5 D. 41. 2, aderisce alla negativa di LABEONE facendone anche proprio il ragionamento: e, nonostante le tracce in contrario rimaste, la negativa è pure da ritenere accolta da GIUSTINIANO. Se non che la profonda evoluzione subita dalla dottrina del possesso, col progressivo affermarsi dell'*animus* come elemento decisivo, fa dubitare che la giustificazione vera sia oramai diversa, anzi inversa, da quella formulata dal giureconsulto dell'età augustea. PAOLO e GIUSTINIANO sono d'accordo con LABEONE nel negare che - nell'ipotesi contemplata - tutti e due possiedono; possessore è dunque uno solo, ma chi? Per LABEONE quello che, per quanto a titolo vizioso, ha di fatto nella sua disponibilità la cosa ¹⁾: per PAOLO - assai probabilmente -, e per GIUSTINIANO sicuramente, possessore è il precedente titolare, non tanto perchè a lui giova la tutela possessoria o - presa l'antitesi dal punto di vista di SABINO - perchè per lui corre l'usucapione, ma soprattutto perchè egli non ha perduto il possesso *animo* e per questo si considera sempre come possessore ²⁾.

*
* *

3. Mi sono trattenuto in questo punto del doppio possesso perchè esso rappresenta in certo modo lo sfondo su cui va collocato il regime del possesso clandestino per poterne ben comprendere la portata e la giustificazione.

È da notare che i difetti della dottrina di TREBAZIO e dei suoi seguaci si rivelano nelle varie fattispecie con varia evidenza. Lasciamo da parte il precario, a cui il delinarsi sempre più netto di

¹⁾ Risulta in modo indiscutibile dal ragionamento di LABEONE. Ed è ancora il punto di vista di POMPONIO *l. cit.*: che il precarista possieda *non est dubium*; se possieda anche il concedente *dubitatum est*.

²⁾ Questo è il punto di vista accolto - a torto come generale - da ALIBRANDI, *Opp.* 1. 234, e, sebbene non risulti, da RICCOBONO, *St. per Chironi* 1. 417. Ma che il possessore vizioso (p. es. il p. violento o precarista) possieda solo *naturaliter* cioè sia - giusta la terminologia bene chiarita dal RICCOBONO - mero detentore, LABEONE e POMPONIO non lo potevan pensare. Nella l. 15 § 4 D. 43. 26 e nella l. 22 § 1 D. 43. 26 si parla pure di vero possesso (quia quod *possideat* ex ea causa *possideat* ex qua rogavit): il '*naturaliter*' veramente imbarazzante pare a me il frutto di un'interpolazione, destinata forse a svalutare in certo modo il testo dal quale si sarebbe argomentato che il pupillo può acquistare il possesso *sine tutoris auctoritate*: se pure non è interpolato tutto l'inciso (*nam-auctoritati*). - Sul testo v. anche c. 5 § 6.

un rapporto giuridico obbligatorio tra le parti ha fatto una posizione affatto speciale, rendendone sempre più insostenibile la posizione dal punto di vista del possesso. Il vizio della dottrina del doppio possesso si rivela soprattutto nel caso della *possessio vi*. Dire che qui c'è *possessio duorum in solidum*, che cioè anch'è il *deiectus* continua a possedere¹⁾, era, di fronte alla concezione naturalistica del possesso romano, un chiuder gli occhi all'evidenza: per dissimulare l'anomalia della funzione recuperatoria dell'*uti possidetis* si finiva a qualche cosa di peggio, a rinnegare il carattere di interdetto *recuperandae possessionis* attribuito all'*unde vi*. E se ripugnava ammettere che possedessero tutti e due, spogliato e spogliatore, a *fortiori* ripugnava ammettere che vero possessore fosse soltanto il *deiectus* e che il *deiciens* che occupa il fondo sia mero detentore: tant'è vero che a questo estremo non sono arrivati, nonchè i classici, neppure i giustinianeî, per quanto si sforzino di tutelare il possessore contro la perdita ingiusta, e per quanto si aiutino a questo fine col comodo dogma delle *possessio quae animo retinetur*. La *deiectio* è, per GIUSTINIANO come per i classici, un caso, anzi uno dei casi più tipici, di perdita del possesso. Che anzi la perdita del possesso non è che uno degli estremi della *deiectio*, come risulta dai dubbi - ben noti nella dottrina²⁾ - relativi all'ipotesi di fuga del titolare per timore, non seguita da effettiva occupazione del fondo da parte di altri: giacchè, come bene è stato avvertito già dal SAVIGNY³⁾, quei dubbi - dei quali il cattivo stato del testo prin-

¹⁾ A tanto porterebbe la dottrina del doppio possesso e in particolare le dichiarazioni di ULPIANO nei due testi citati. Dai quali si è infatti argomentato (cfr. KRUECKMANN, *l. cit.* p. 240) che i Romani abbiano il concetto di un possesso che perdura dopo lo spoglio: v. la critica di STINTZING, in *Arch. f. civ. Prax.* 103 (1912) 361 sg., e sul tema, dal punto di vista concettuale, FINZI, *Il possesso dei diritti* (Roma 1915) p. 208 sg., che aderisce a KRUECKMANN. È naturale che chi configura il possesso come un diritto faccia buon viso a questa concezione; ma appunto per questo non le hanno fatto buon viso i Romani: anzi neppure GIUSTINIANO in cui pure la tendenza a trattare il possesso come un diritto è - come vedremo - sicura e feconda di applicazioni.

²⁾ Cfr. larghe indicazioni in UBBELOHDE, *op. cit.*, parte 5^a, tr. it. p. 30 sg.

³⁾ *Tr. de la poss.* p. 304. Inaccettabile è l'opinione del KNIEP (*Vacua possessio* p. 62) che la fuga implica rinuncia alla resistenza ma non al possesso e che se il possesso si fosse perduto colla fuga non si potrebbe avere *deiectio*. Il problema sta anzi proprio nel vedere se e sotto quali presupposti chi fugge sia da considerare *deiectus*. Che poi la fuga implichi rinuncia alla resistenza ma non al possesso, è concetto antiromano: chi fugge di fronte all'invasore dimostra col fatto di non ritenersi più in grado di possedere: parlar di 'rinuncia' può essere equivoco.

cipale¹⁾ non permette una valutazione sicura – riguardano la esistenza o meno della *deictio*, e la conseguente esperibilità dell'*unde vi*, non la perdita del possesso che è per tutti pacifica.

Nel caso invece dell'occupazione clandestina già nell'età classica – e precisamente dopo LABEONE e prima di POMPONIO – si è fatta strada la dottrina che il possesso si conservi al titolare anchè dopo l'occupazione. Due sono i testi fondamentali, già largamente studiati dal lato esegetico, ma su cui occorrono alcuni rilievi.

L. 6 § 1 D. 41. 2, ULPIANUS l. 70 *ad Ed.* Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: (retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit): verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

L. 25 § 2 D. 41. 2, POMPONIUS l. 23 *ad Q. Mucium*. Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumve usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, quod quasi²⁾ magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.

Il primo testo è notevole soprattutto perchè una evidente alterazione mette in chiara antitesi il pensiero di LABEONE con quello del suo tardo annotatore, classico o postclassico che sia. Il fatto che il possessore si fosse temporaneamente allontanato dal fondo per recarsi al mercato non bastava a far perdere il possesso; ciò era pacifico, anche senza bisogno di ricorrere alla formola della '*possessio animo*', giacchè il fondo restava nella disponibilità del titolare, se anche momentanea-

¹⁾ Cfr. in particolare la l. 1 § 29 D. 43. 16 (POMPONIO-LABEONE) in cui vi sono certo dei guasti e probabilmente uno spostamento di opinioni. Anche dal punto di vista delle tendenze giustinianee non è facile la scelta: da un lato è certo che GIUSTINIANO ravvisa talvolta gli estremi della *vis* dove in realtà mancavano: dall'altro potrebbe darsi che GIUSTINIANO, a differenza dei classici, pensi che *deictio* e perdita del possesso siano due termini inscindibili, e che col negare la *deictio* pensi di arrivare al risultato, per lui sempre desiderabile, di negare la perdita del possesso.

²⁾ Per le varie proposte di emendazione v. oltre nel testo.

mente sospesa nel suo esercizio. Ma se, profittando di tale assenza, un terzo si era introdotto sul fondo e se ne era insignorito, LABEONE non aveva il menomo dubbio che costui non fosse divenuto possessore, e *unico* possessore, dal momento che proprio lui è esplicito nel combattere, dal punto di vista realistico (è evidente la reminiscenza della sua nota definizione), la dottrina del doppio possesso. Il dubbio poteva vertere soltanto sulla qualifica di questo possesso. Egli era possessore vizioso di fronte al titolare precedente e precisamente possessore clandestino: ma se respingeva colla forza i tentativi di quello, conservava la stessa qualifica iniziale o si trasformava da clandestino in violento? La questione - decisa da LABEONE nel secondo senso - va ricondotta ai dubbi che pare esistessero ¹⁾ circa il momento in cui va valutato il vizio di clandestinità, e poteva avere importanza pratica non trascurabile, specialmente se si ammette che a quell'epoca esistesse contro il possessore clandestino un interdetto speciale ²⁾. Ma la questione era tutta qui. L'inciso *retinet-abiiit* rompe tutta la logica euritmia del ragionamento, e l'offesa alla logica è resa più acerba dall' *'ergo'*, che pare voglia far passare l'osservazione come una conseguenza ovvia del carattere riconosciuto da LABEONE al possesso. L'inciso non può essere di LABEONE: l'opinione comune ³⁾ vi scorge un'aggiunta di ULPIANO, il quale, sostenitore - a differenza di LABEONE - della dottrina del doppio possesso, poteva bene ammettere che col possesso vizioso (*clam*) dell'uno concorreva la *possessio iusta* dell'altro. Peraltro l'inciso incriminato pare a me più probabilmente il frutto di una interpolazione. Quanto alla forma, è più facile imputare ai compilatori che non ad ULPIANO un'aggiunta che turba così bru-

¹⁾ Cfr. AFRICANO l. 7 *quaest.* (40 § 2 D. 41. 2) e ULPIANO l. 70 *ad E.* (6 pr. *eod.*), che danno risalto all'*origo nanciscendae possessionis*.

²⁾ Se ancora al tempo di LABEONE l'occupazione clandestina di un fondo costituiva furto, l'usucapione non era ammessa non meno che quando si trattasse di *res vi possessa* (ciò osservo contro WITTE, *Ueber Schutz durch Interdikte*, in *Linde's Z.*, NF. 18, p. 258); a parte, s'intende, l'impossibilità di usucapire per l'occupante a ragione della sua mala fede. Devo prescindere dal valutare il punto di vista recentemente avanzato, più che svolto, dall'HUVELIN (*Ét. sur le furtum*, l. p. 272 sg.) circa l'antitesi tra *furtum* e *subreptio* e la riferibilità a quest'ultima soltanto del divieto della *lex Atinia*.

³⁾ Cfr. SAVIGNY, *Tr. de la poss.* p. 309 n. 3; ALIBRANDI, *Opp.* l. p. 287; SCIALOJA, l. cit. p. 231 n. 3; RICCOBONO, *Arch. giur.* 50 (1893) p. 266; KNIEP, *Vacua possessio* p. 368; UBBELOHDE l. cit. p. 39-40; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* 2. 322; FERLINI, *Pandette* p. 331; PEROZZI, *Istit.* l. 547.

scamente la riproduzione (all'infinito, retto da *scribit*) delle due massime di LABEONE¹⁾: quanto alla sostanza - il testo, spassionatamente interpretato, porta a riconoscere non tanto che entrambi possiedano quanto piuttosto che il possesso resti al *solo* precedente titolare, quale è propriamente, a mio credere, il vero concetto di GIUSTINIANO e la vera ragione per cui il doppio possesso è da lui rinnegato.

Il testo di POMPONIO chiarisce in modo assai più esplicito i due opposti punti di vista: se cioè il possesso si perda coll'atto stesso dell'occupazione, o si conservi fino a che il titolare, venutone a conoscenza, tenti invano di ritornare sul fondo o, temendo un insuccesso, rinunci al tentativo. L'interesse storico del frammento sarebbe assai maggiore se veramente il *quasi* si potesse correggere col VAN DE WATER in 'Quinto Mucio' facendo risalire all'antico giurista repubblicano la dottrina ivi presentata: ma la congettura, come il RICCOBONO ha dimostrato²⁾, è insostenibile sia per ragioni formali, sia - e soprattutto - per l'impossibilità di attribuire a Q. MUCIO un'opinione che solo assai più tardi - dopo LABEONE - poteva trovare un ambiente favorevole. Si avverta che ancora al tempo di POMPONIO la cosa non è assolutamente pacifica (*quaeritur...*), e per quanto all'opinione più larga il testo dia la prevalenza con due successive dichiarazioni (*quod quasi magis probatur; et videtur utilius esse*) io ho forti dubbi che il giureconsulto non si mostrasse più circospetto o quanto meno non circondasse la sua adesione di maggiori riserve e di più larghi ragionamenti che non siano quei due incisi recisamente affermativi³⁾.

¹⁾ Di qui la variante '*intelligitur*' in luogo di '*intelligi*', che cerca di sanare l'andamento del testo, ma è contraddetta dalla Fiorentina. Il SAVIGNY (*l. cit.*) accoglie infatti questa lezione e, con alcuni mss. legge *unde* in luogo di *verum*. Ammessa l'origine giustiniana dell'inciso, diventa perfettamente spiegabile la lezione fiorentina. Nei Basilici (50. 2. 5; IIb. 5. 49) il testo è riassunto.

²⁾ BIDR. 6. 229; Arch. giur. 50 (1893) p. 266 n. 17: cfr. FERRINI, *Pand.* p. 331 n. 1; v. anche KNIEP, *Vacua possessio* p. 448: in *Der Besitz der BGR.* p. 297 opina che l'inciso *quod-probatur* sia glossema o interpolazione. A 'Quinto Mucio' si attengono GOLDSCHMIDT, in *Festg. für Gneist* cit. p. 85; *Verm. Schr.* 1. 251; e UBBELOHDE, *l. cit.* p. 42. Per le più antiche emendazioni cfr. BRENNMANN e SCHULTING, *ad h. l.*; JAUCH, *de negat.* *Pand.* p. 125, 164, 322.

³⁾ Una delle due affermazioni è certo superflua, e nella prima è probabile che Pomponio fosse meno reciso, indicando nominativamente o genericamente (*la quibusdam?*) i sostenitori dell'opinione. Anche la ripetizione pesante dell' '*usque*

Quando, e per opera di quali giuriconsulti, si sarà introdotta l'opinione che POMPONIO preferisce e che - come vedremo - PAPI-
NIANO e PAOLO danno come indiscussa?

Si noti che la dottrina non è formulata da un punto di vista tale da autorizzare il ricollegamento immediato alla teoria del doppio possesso, che ci permetterebbe di risalire fino a SABINO o addirittura a TREBAZIO.

Il ragionamento che il possesso si conserva in quanto si ignora l'occupazione è infatti inapplicabile sia al caso di *possessio precario* che a quello di *possessio vi*: che anzi, per questo secondo caso, è precisamente la *deiectio*, operata dall'occupante contro il titolare che torna, quella che determina - anche per lo stesso GIUSTINIANO - la cessazione del costui possesso.

Per escludere SABINO v'è poi, a mio avviso, un'altra ragione. SABINO ammetteva coi *veteres*¹⁾ la possibilità del *furtum fundi*, come

eo possideamus, a così poca distanza, fa pensare che nell'originale ci fosse uno sviluppo più ampio.

Nella prima parte del paragrafo io ho forti dubbi sull'inciso *ut-possessio*. La forma '*corporalis possessio*' per indicare l'elemento di fatto (*p. naturalis*) ricorre tre sole volte nel digesto: una volta nel testo che immediatamente precede (24 h. t. '*non corporalem possessionem sed iustam...*') e della cui interpolazione si occupa l'ALBERTARIO in uno studio di prossima pubblicazione: credo non trascurabile il rilievo che non è questo l'unico caso in cui la stessa forma sospetta ricorra in due testi che nel Digesto sono consecutivi, mentre appartenono ad autori diversi (cfr. p. es. 19 § 5 e 20 D. 49. 17 itp.; infine in modo corrispondente: FAHER, *Iur. Pap.* XI, 7. 12). L'antitesi '*corporalis-iusta*' è inesatta: *p. iusta* dovrebbe equivalere qui a *p. civilis* (cfr. RICCOBONO ZSt. 1910, 356, anche per l'itp. della parte ritecessiva). Ma era proprio vero che il servo può acquistare al domino solo la *p. civilis* e non può acquistare al domino anche la mera detenzione? Il classico doveva pensare all'altra antitesi - male attuata dai compilatori nella l. 11 § 8-9 D. 43. 16 e anche nella finale di questa stessa l. 24, come ben fu visto dal RICCOBONO (ZSt. 1910 p. 361) - tra *possessio iniusta* (nel caso, *vi*) e *iusta*: solo questa può essere acquistata al *dominus ignorans* perchè - a parte la regola generale che il servo non può peggiorare la condizione del padrone - solo l'acquisto di questa può rientrare nella gestione del peculio (il che non esclude che l'acquisto possa essere di mala fede, che quindi escluda l'usucapione: 2 § 10 D. 41. 4). Nulla vieta invece che il servo come mero strumento del *dominus (sciens)* acquisti a costui anche un possesso vizioso, come p. es. se il *dominus* manda un servo ad espellere altri da un fondo (cfr. 2 § 11 D. 41. 4). Quanto all'altro testo (40 § 2 D. 13. 7, PAPIANUS l. 3 resp.), in cui si fa l'avvertenza che la *possessio* del pegno '*corporalis apud eum fuit*' (creditore), v. al c. 5, § 6.

¹⁾ Cfr. GELL. 11. 18. 13; GAL. 2. 51; 38 D. 41. 3; § 7 I. 2. 6; 25 pr. D. 47. 2. Che non si tratti punto di una nuova opinione di SABINO fu bene avvertito dal FER-

risultato di una più larga valutazione del concetto di 'amotio', destinata ad esser presto concordemente respinta. Ora è noto l'intimo rapporto tra la teoria del furto e quella del possesso¹⁾: per SABINO sia dal punto di vista del furto che da quello del possesso chi occupa clandestinamente²⁾ un fondo altrui era da considerare alla stessa stregua di chi si impadronisce di un oggetto mobile *insciente domino*: in entrambi i casi c'è furto in quanto in entrambi i casi c'è sottrazione del possesso.

Se così pensava SABINO, io credo che - per ciò che riguarda il problema specifico del possesso - anche CELSO, l'ultimo dei Proculiani, non si discostasse da quello che era l'insegnamento del presunto precursore di quella scuola, LABEONE. Nella l. 18 § 3 D. 41. 2³⁾ è infatti decisiva la circostanza che il titolare, sebbene non si sia accorto che altri è entrato nel suo fondo, non è però, neppure temporaneamente, assente, ma si trova 'in alia parte fundi' ossia esercita ancora il suo possesso 'animo et corpore', per usare la terminologia ufficiale: è naturale che in un caso simile l'incursione clandestina del terzo non gli nocca. Si può ben dire col SAVIGNY⁴⁾ che l'elemento della presenza non è rilevato se non per far risaltare la possibilità che il titolare ha di reagire: ma in realtà per CELSO quell'elemento non è superfluo⁵⁾, come non lo è, nel precedente § 2, la menzione della vicinanza dei fondi nell'ipotesi della *traditio longa manu*: quegli accenni anzi rappresentano gli ultimi limiti a cui CELSO, ardito e geniale ma non illogico, credeva di poter giungere.

RINI, *Arch. giur.* 47 (1891) p. 424 n. 2; *D. pen. rom.* nell' *Enciclop.* di PESSINA, I. 181 n. 2; cfr. anche PEROZZI, *Ist.* 2. 255 n. 2, e più largamente - contro l'ipotesi di HITZIG - HUVELIN, op. cit. I. 379.

¹⁾ Cfr. FERRINI, *Arch. giur.* 47 (1891) p. 423 sg.

²⁾ L'elemento tipico della clandestinità ricorre pure nella definizione del furto che, conservata da ISIDORO (*Orig.* 5. 26 19), rimonta forse a VARRONE (cfr. HUVELIN, op. cit. I. 431): 'furtum est alienae rei clandestina contrectatio'.

³⁾ CELSUS l. 23 dig.: Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, cum sciero.

⁴⁾ *Tr. de la poss.*, p. 308 n. 2. Cfr. però GOLDSCHMIDT, *Verm. Schr.* I. 254; FERRINI, *Pand.* p. 331 n. 1.

⁵⁾ Cfr. il § 4: l'occupazione *vi* ha efficacia solo per quella parte del fondo su cui è avvenuta. Sarà naturalmente una *quaestio facti* determinare se si tratti di 'partes fundi' suscettibili di possesso autonomo: cfr. I § 33 D. 43. 16,

Sembra d'altra parte a me che quanto PROCULO scrive – come vedremo – a proposito del *furiosus* si ispiri precisamente a questa concezione: e, secondo l'attestazione di PAOLO nella l. 7 D. h. t., anche NERAZIO avrebbe acceduto al nuovo punto di vista: e con questo proculciano andrebbe di pari passo il maggiore dei Sabiniani, GIULIANO, se veramente a lui si deve la soppressione dell'*interdictum de clandestina possessione*: la concezione nuova, negando la perdita del possesso, rendeva affatto superfluo ¹⁾ l'interdetto *recuperandae possessionis*.

Sia o no sicuro questo atteggiamento di GIULIANO – che dovrebbe aver potentemente influito al trionfo della dottrina in questione – certo è che il modo in cui è impostata da POMPONIO e, più tardi, da PAPINIANO e da PAOLO, rispecchia la terminologia, d'origine proculciana, dell'*animus possidendi*, e ne rappresenta anzi una delle più notevoli applicazioni. Il titolare precedente – assente per breve tempo – si dice da Pomponio possedere '*solo animo*': il possesso si conserva fino a che siamo respinti o fino a che ci rassegniamo, e in questo caso '*animo desinimus possidere*'. PAPINIANO, nella l. 46 D. h. t. già riferita, allude alla solita ipotesi paradigmatica dei *saltus*, riconducendo però la decisione alla regola presente che '*non debet ignorantia tolli possessio quae solo animo tenetur*'. PAOLO nella l. 3 § D. h. t. (l. 54 ad E.) formula secondo il solito la regola nei termini più generali:

Sed et si *animo solo* possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.

Il riferimento diretto al problema formulato da Pomponio risulta dal paragrafo successivo, dove precisamente la perdita del possesso è subordinata al fatto che il titolare assente, venuto a conoscenza dell'occupazione (*si quis nuntiet...*), per timor di peggio rinuncia al ritorno ²⁾: dichiarazione riprodotta in altra forma, e coll'aggiunta del-

¹⁾ Infatti, se il tentativo di ricupero riesce, il titolare si considera come se non abbia mai cessato dal possedere: se fallisce, gli si darà l'*unde vi* (l. 6 § 6 h. t.): se si rassegna, il possesso è perduto, e non vi sono rimedi possessorii. La 'emigrazione' del titolare fa sì – secondo la dottrina – che il possesso dell'avversario non è più clandestino (UBBELOHDE l. cit. p. 346 e KINDEL, *Die Grundlagen des röm. Besitzrechts* p. 93, 280, cit. ivi).

²⁾ Quel che importa sembra quindi l'ignoranza del titolare, non il modo con cui il terzo si è impadronito del fondo: qui si tratterebbe di *latrones*.

l'autorità di NERAZIO, in un breve frammento collocato dai compilatori ad integrare il passo di ULPIANO più sopra esaminato¹⁾.

Al lettore non è difficile avvertire come l'adozione di questo principio determini, nel concetto di *animus possidendi* e nel rapporto tra questo elemento e quello della *possessio corpore*, una per quanto lieve deformazione. Mentre normalmente i due elementi sono inscindibili e l'uno integra l'altro, anche in quei casi in cui a partire da PAOLO si è cominciato a parlare di conservazione *animo solo*, qui c'è veramente fra i due elementi una scissione. Coll'occupazione, sia pure clandestina, la nostra signoria di fatto è cessata, anzi è esercitata da un altro in antitesi a noi: l'*animus* nostro non è più la coscienza, corrispondente a realtà, di avere sempre la cosa a nostra disposizione, bensì la semplice credenza di averla tuttora (finchè si ignori l'occupazione) o di poterla quando si voglia riacquistare (finchè non si tenti il recupero o vi si rinunci). Qui veramente all'*animus* è attribuita una esistenza ed un'efficacia autonoma; non è certo ancora - come per lo più avviene per l'elemento intenzionale in tema di acquisto di diritti o di costituzione d'obbligazioni - un atto di volontà che, una volta formato, conserva la sua efficacia, ma è uno stato che, una volta costituitosi in rispondenza della realtà, conserva la sua efficacia fino a che non si modifichi o - per essere più esatti - fino a che il titolare non venga a trovarsi nella possibilità di modificarlo²⁾. Pare a me, del

¹⁾ L. 7 D. h. t. Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur; et ita Neratius quoque scribit. - È uno di quei brevi frammenti di PAOLO con cui i compilatori amano completare la trattazione ulpiana: cosa qui tanto più notevole in quanto da PAOLO l. 54 ad E. essi avevano già estratto, nei due amplissimi frammenti 1 e 3, quanto ad essi giovava per la dottrina del possesso. Si noti poi anche che il punto di riferimento di quest'osservazione è, nel testo precedente, l'inciso probabilmente interpolato. Il passo, che forse si trovava nell'originale presso la l. 3 § 7, è del resto conforme alle vedute di Paolo: anche la qualifica di *mator* data alla *vis* fuori del senso tecnico (cfr. DE MEDIO, *BIDR.* 20. 169; in 33 D. 19 2 l'inciso finale è notato dal BESELER, *Beiträge* 2. 47) figura nella nota definizione della *vis* data dallo stesso PAOLO (2 D. 4. 2 = *Sent.* l. 7. 7).

²⁾ La formula dell'ALIBRANDI (*Opp.* l. 28*), per cui l'*a. p.* si conserva finchè è unito a una ragionevole speranza di ritenere la cosa, ha il merito di far risaltare l'elemento della serietà che tale speranza deve avere, ma va già forse più in là del punto di vista classico, dove l'elemento decisivo pare quello della scienza: e viceversa sta in qua di alcune fattispecie giustiniane, nelle quali, come vedremo, l'*a. p.* può ben ridursi a niente più che un 'vano desiderio'.

resto, che qui si verifichi un fenomeno non dissimile da quello veduto nel caso dei *saltus*, dove la formula dell'*animus possidendi* è uno spediente non del tutto felice per giustificare dei risultati a cui si poteva giungere anche per altra via. Se, come sempre, si tiene conto non solo dell'elemento materialistico ma della valutazione sociale, appare subito che quello stato di fatto che sussiste durante la occupazione clandestina e prima della scienza ha un carattere instabile ed equivoco, in quanto il pubblico non sa come si comporterà il titolare quando ne venga a conoscenza e può sempre pensare che, appena conosciuto lo sbaglio, gli sarà facile rimettere le cose a posto, benchè trattandosi sempre di un'assenza breve (*nundinae*) o, se alquanto lunga, imposta dalla natura del fondo (*saltus*), il periodo della clandestina occupazione si può presumere che abbia a ridursi in un certo modo ad una parentesi irrilevante. In casi simili è anche naturale che i giureconsulti - fedeli interpreti dell'apprezzamento sociale - vogliano anch'essi per così dire rinviare il giudizio: allo stesso modo che, nell'ipotesi di una zuffa tra due persone per il possesso di un fondo, colla quale le due parti si avvicinano nel vincere e nel soccombere, GIULIANO, nella l. 17 D. 43. 16, non ravvisa altrettante *deiectiones* e successivi recuperi del possesso, ma dà peso esclusivo al momento finale, quando una delle parti resta padrona del campo e l'altra, almeno temporaneamente, vi si rassegna¹⁾.

*
**

5. Il caso del possesso del *furiosus* è un'altra applicazione di quel particolare atteggiamento dell'*animus possidendi* che abbiamo visto in tema di occupazione clandestina. PROCULO, in un passo del l. 5 *epistularum* già riferito (l. 27 D. 41. 2), asserisce che se chi possiede *animus* dei *saltus* impazzisce, non ne perde il possesso, '*quia furiosus non potest desinere animo possidere*'.

Che la massima rappresenti una deroga al régime logico della dottrina del possesso è chiaro: il furioso, come non può acquistare il

¹⁾ Cfr. anche 13 pr. D. h. t. se, come pare, l'elemento del *post longum tempus* è decisivo: l'oggetto caduto nell'acqua e subito ripescato si considera come non mai uscito dal nostro possesso.

possesto¹⁾, così a rigore non potrebbe neppure continuare un possesso precedentemente iniziato, perchè, quand'anche la sua relazione di fatto colla cosa sopravviva, essa non è più integrata dall'elemento intenzionale: il pazzo non ha la coscienza di possedere²⁾. Che veramente i classici, in linea generale, partirono da questo punto di vista, appare dalla regola riferita da PAPINIANO³⁾ in tema di usucapione con espressa menzione del suo carattere eccezionale.

La deroga formulata da PROCULO - in un testo che nelle sue linee generali non pare sospettabile - è dunque grave: non soltanto il sopravvenire della pazzia non basta a far perdere il possesso⁴⁾, ma essa pone il possessore in una condizione privilegiata. Ma dobbiamo guardarci dal darle una portata eccessiva. PROCULO non pensa se non al caso dei *saltus*: ora, durante i periodi in cui si lasciano in abbandono (ossia, si possiedono *animo*) quali sono i modi in cui è possibile produrre il possesso, anche da parte di un possessore normale? Per derelizione? Se il mero '*nolle possidere*' non basta - come a me par sicuro - a far perdere il possesso, ove non sia accompagnato da un comportamento esteriore che attesti di fatto il disinteressamento dalla cosa, la possibilità è più che dubbia in questo caso, finchè si è in quei periodi in cui è proprio normale che il possessore stia lontano dal fondo e non se ne preoccupi. Per *traditio*? I classici hanno fatto parecchia strada in tema di *traditio longa manu*, ma non arrivano al punto che si possa trasferire il possesso di un fondo lontano e forse inaccessibile. Il costituito possessorio non si può escludere, qualora, durante i mesi in cui il *saltus* non è utilizzato, il titolare lo venda

¹⁾ Cfr. 18 § 1 *h. t.*; 1 § 3 *h. t.*, su cui più oltre (c. 5^o). Il paragone col dormiente può correre (per il *furiosus* assai più che per il pupillo) quando si tratti dell'acquisto: quando invece si tratti di conservazione del possesso già acquistato (cfr. 31 § 3 D. 41. 3) esso è infelice: ammettere che il possesso si perda e si riacquisti ogni sera e ogni mattina risponderebbe a una concezione che nessun regime possessorio può avere, per quanto primitivo.

²⁾ Cfr. AUGUSTIN. *de trinitate* 14. 19 (ed. GAUME v. 31 p. 27): come l' '*infans*' *nihil possidet mente sopita, quoniam tandem modo quisquam quidquam mente possidebit amissa?*

³⁾ L. 44 § 6 D. 41. 3: eum qui postea quam usucapere coepit in furorem incidit, *utilitate suadente relictum* [receptum HAL.] est, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni causa implere usucapionem: v. anche § 3 D. 41. 3. - Si sa che in tema di usucapione non è raro che si deroghi alle regole logiche del possesso.

⁴⁾ Per l'esperibilità dell'*uti possidet furiosus nomine* v. 31 § 4 D. 41. 3.

ad altri (la *mancipatio* non esige la presenza del fondo), e, conservandone l'usufrutto o prendendolo in locazione, si costituisca rappresentante del nuovo possessore. Ma, ammesso anche che a PROCULO questo istituto fosse già noto, sarebbe anche troppo ovvio l'escluderne la possibilità per il *furiosus*, giacchè il costituito possessorio ha come suo presupposto una dichiarazione di volontà che si concreta - almeno normalmente e, per diritto classico, credo, sempre - in un negozio giuridico, di cui tutti sanno che il pazzo è personalmente incapace¹⁾. Resta - a prescindere dalle ipotesi di distruzione o sopraggiunta incapacità, entrambe, per i *saltus*, poco concepibili - l'occupazione da parte di altri. Se nessuno è sul fondo, non si potrà parlare di *deiectio* ma solo di occupazione clandestina. E qui veramente quello del *furiosus* rappresenta il 'caso limite' a cui arriva quella dottrina, di stampo proculeiano, che abbiamo dianzi illustrato nella sua origine e nei suoi presupposti concettuali. Se la perdita del possesso è, in tali casi, subordinata alla scienza del titolare, il quale si decida a tentare il recupero o si rassegni, è inevitabile la conseguenza che il pazzo non perde *mai* il possesso, perchè, finchè tale, non sarà mai in grado di conoscere l'usurpazione.

Il carattere certamente eccessivo di questa conseguenza può ben servire a riprova dello scarso valore logico della formula da cui essa scaturisce: praticamente peraltro non deve aver recato seri inconvenienti, sia perchè le ipotesi a cui si applica non possono essere che affatto sporadiche, sia - specialmente - perchè i casi classici di conservazione *animo* hanno tutti un carattere transitorio, e perchè d'altra parte il meccanismo pretorio della tutela interdittale si svolge entro brevi limiti di tempo²⁾. Solo colla concezione giustinianea della conservazione *animo* applicata anche all'assenza indefinita le conseguenze pratiche cominciano a diventare veramente abnormi, ma, allora, non per il solo caso del furioso. La limitazione di questa regola, relativa

¹⁾ Negando la possibilità di perdere il possesso *animo*, PROCULO ha sempre di mira la persona del furioso; nè mostra di pensare che possa comunque supplire il *curator* che qui, come per l'*insans* il tutore, dovrebbe precisamente supplire all'*animus* mancante. Il testo può giovare a chi nega per diritto classico la rappresentanza in tema di possesso.

²⁾ Secondo il MERENDA, *Contrav. turtis* II p. 424, la regola si riferisce ai soli *furiosi* aventi lucidi intervalli: altrimenti non sarebbe concepibile un *desinere animo possidere* SCHULTING, *ad h. 1.*

al *furiosus*, ai casi di possesso tenuto *solo animo* risulta, oltre che dal testo di PROCULO, anche da quello - pure riferito - di PAPINIANO (46 *h. t.*), che, riferendosi anch'esso ai *saltus*, conclude che '*non debet ignorantia tolli possessio quae solo animo tenetur*'. Queste considerazioni ci impongono dal punto di vista puramente esegetico di dare una interpretazione ristretta all'inciso finale del passo di PROCULO

'quia furiosus non potest desinere animo possidere':

il quale per vero sembrerebbe autorizzare l'opinione, sostenuta ad esempio dall'ALIBRANDI¹⁾, che la regola si applichi a qualunque caso di possesso tenuto dal *furiosus*, non solo '*animo*' ma anche '*corpore*'. Certo chi dà all'*animus* l'importanza decisiva in ogni caso e - interpretando rigorosamente la l. 8 D. *h. t.* - esige per ogni caso di perdita un corrispondente mutamento nell'atteggiamento psicologico del titolare²⁾, deve arrivare a quella conclusione³⁾: ma il punto di vista classico non è tale. Il caso più tipico resta sempre quello della *deiectio*. Se il possessore è sul fondo e viene espulso *vi*, si potrà ben dire che egli cessa di possedere anche *animo* nel senso che l'*animus* non ha

¹⁾ *Opp.* l. 237. Nel senso del testo v. VANGEROW § 207 (l. 377).

²⁾ Questa tendenza a considerare ogni caso di perdita del possesso alla stregua dell'*animus* è particolarmente esplicita negli scrittori a tendenze filosofiche, come nel SOKOLOWSKI (*Der Besitz im klass. Rechte* etc. p. 199): per lui è necessario che l'*animus* '*vor dem physischen Ereignis kapituliert, oder durch Naturgesetz zur Kapitulation gezwungen ist*'. Io insisto sempre che non si tratta di fare un'indagine psicologica ma di valutare socialmente il rapporto nella sua obbiettività. Il titolare potrà anche, chiudendo gli occhi alla realtà, credersi e vantarsi ancora possessore: ma il giurista deve solo domandarsi se il rapporto sia o non sia tale che l'*animus* vi trovi una reale rispondenza. Il vero limite, entro cui si può dar peso all'*animus* è ben segnato dal CUIACIO (*Opp.* 4. 626 B.): *quid est possidere animo? an quodcumque animo complexus fuerit, imaginatus fuerit possidere? Minime: alioquin quid quis non possideret? Sed animo possidere est id possidere animo nostro, sive adfectione, cui possidendo nihil impedimento est. Nam si alius invasit possessionem quae fuit mea, non possum animo non deponere animum possidendi, qui visus alium possidentem!* La formola è incisiva: peccato che il CUIACIO non abbia potuto scorgere in qual misura il concetto si sia alterato con GIUSTINIANO.

³⁾ È, invece, una tendenza non difforme dal nuovo indirizzo giustiniano. Nella successiva l. 29 *h. t.* è interpolato l'inciso '*non ut animo sed ut corpore destinari possidere*' (v. c. 5 § 4 e): si potrebbe dubitare che anche l'inciso finale della l. 27 - che è l'unico riprodotto nei Basilici (50. 2. 26; IIb. 5. 51) - sia inserito dai compilatori: e allora veramente potrebbe avere un valore che va al di là della premessa posta da Proculo.

altro a fare che rassegnarsi e prender atto, per così dire, della realtà ¹⁾: ma in linea di fatto l'indagine sull'elemento psicologico è irrilevante e quindi, se anche il possessore non fosse in grado di comprendere, il possesso sarebbe per lui ugualmente perduto. Così non c'è dubbio che il *furiosus* perda il possesso se ne è spogliato per decreto del magistrato.

Intesa entro questi ragionevoli limiti, la regola che PROCULO detta per il *furiosus* potrebbe bene applicarsi all'infante. Ma il pensiero classico non è certo da cercare nella interpolata l. 29 D. 41. 2 dove, come già ben fu visto dall'ALBERTARIO ²⁾, la distinzione tra perdita *animo* e perdita *corpore* e la limitazione a quest'ultima del carattere di *res facti* era estranea al dettato di ULPIANO, il quale anzi avvertiva che il *pupillus* (che non è l'*infans*) può ben perdere il possesso anche senza l'*auctoritas tutoris*. I moventi di questa e di altre simili alterazioni verranno illustrati più oltre.

CAPO III.

Sommario. — 1. I problemi possessorii relativi al *servus fugitivus*. — 2. La continuazione dell'usucapione. — 3. L'*accessio temporis* nell'*utrobi*. — 4. L'acquisto del possesso *per servum fugitivum*. — 5. Se il servo fuggitivo continui ad essere posseduto: oscillazioni della dottrina classica. — 6. L'opinione di Paolo: il particolare atteggiamento dell'*animus possidendi*.

1. Il possesso del *servus fugitivus* è secondo me il primo caso in cui, per opera di PAOLO, la dottrina della conservazione del possesso 'solo *animo*' è stata spinta al di là dei limiti ragionevoli entro i quali poteva trovare una giustificazione adeguata, e in cui quindi l'elemento dell'*animus*, oltre ad intensificare sempre più la propria autonomia, acquista un contenuto o per dir meglio una direzione nuova.

Vale la pena di trattare un po' minutamente questo punto anche perchè bene spesso i problemi che concernono gli schiavi nel diritto

¹⁾ E infatti l'ALIBRANDI, *Opp.* l. 290, riconosce nel *detectus* l'*animus relinq. possess.*

²⁾ *Corso cit.* 2 p. 24 sg.; con lui VASSALLI, *Miscell. cit.* p. 33.

comune delle pandette furono, come privi d'applicazione pratica, lasciati troppo nell'ombra ¹⁾).

L'ipotesi del *servus fugitivus* ha interessato i giureconsulti romani, in materia di possesso, sotto vari aspetti. E infatti i problemi che si affacciano sono diversi, anche se intimamente collegati. Il servo fuggitivo continua o no ad essere posseduto? Il tempo della fuga giova al possessore sia ai fini della tutela interdittale (*utrubi*) che per l'usucapione? Si conserva o no al *dominus* il possesso delle cose che il servo teneva al momento della fuga? Si acquista o no al *dominus* il possesso delle cose che il servo acquista durante la fuga?

La connessione dei vari problemi è intima e, deciso affermativamente il primo, la decisione di tutti gli altri ne discende pacifica; ma non sarebbe altrettanto fondata la deduzione inversa. Questo gruppo di problemi ci offre anzi uno dei più begli esempi di quella costante tendenza dei giureconsulti classici di rifuggire dalle costruzioni generali e di non sentirsi vincolati, quando decidono singoli problemi, a eccessivi scrupoli di coerenza sistematica. Essi, nel caso nostro, possono ben decidere affermativamente alcuni dei problemi singoli senza con questo pregiudicare la decisione di quello che — da un punto di vista di pura logica sistematica — avrebbe ad essere il punto di partenza.

*
* *

2. Vediamo le singole ipotesi.

Se il servo fuggitivo era in via di essere usucapito, l'usucapione continua. La massima risulta da parecchi testi e non vi sono tracce di dubbi: si vede che le ragioni di opportunità pratica erano tali da imporsi.

¹⁾ Sommaria è la recente trattazione di BUCKLAND, *The roman law of slavery* p. 267 sg., che serve molto bene a dare un'idea dell'incertezza che regna in materia: poco giovano anche i cenni di KNIEP, *Vacua possessio* p. 146 sg. Sempre notevole è la trattazione di JHERING, *Besitzwille* tr. fr. p. 98: v. anche BARON, *Jh. Jahrb.* 7 (1863) p. 136, che sente vivamente la anomalia del caso: per lui sarebbe stato più logico (p. 137) ammettere che continui l'usucapione pur essendo cessato il possesso: al che è da avvertire che neppure questo a rigore sarebbe logico. Poco o nulla di interessante fornisce la vecchia farraginosa dissertazione di R. DE VILLOSA, *De servis fugitivis*, Napoli 1674.

²⁾ LENEL n. 2735 suppone un errore per 'l. 29' (*de custodia a venditore praestanda*): forse, invece, per 'l. 40' (*de furtis*).

L. 17 § 3 D. 47. 2, ULPIANUS l. 39¹⁾ *ad Sabinum*. Illud quaesitum est si, cum in fuga esset servus, furtum domino fecisset, an aequae posset habere actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum bona fide possidere coeperit. Movet quaestionem, quod, quamvis possidere servum eo tempore, quo in fuga est, videor, attamen¹⁾ furti actione non teneor, quasi non sit in mea potestate: *quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Iulianus scribit*. Dicit igitur Pomponius libro septimo decimo ex Sabino competere furti actionem huic domino, cuius servus in fuga fuit.

Il servo in fuga non si considera come 'in potestate domini' ai fini della responsabilità del *dominus* per delitti commessi da quello²⁾: e se durante la fuga ruba al padrone, questi avrà l'*a. furti* (nossale) contro il terzo che in appresso abbia preso possesso dello schiavo. Il dubbio sorgeva per il fatto che - dice ULPIANO - il *dominus* si considera sempre come possessore dello schiavo fuggitivo; ma, replica, questa massima va limitata, come scrive GIULIANO, ai soli effetti dell'usucapione³⁾. Questo effetto sul decorso dell'usucapione - s'intende non nel caso del testo, ma quando il possessore non fosse già anche proprietario - par pacifico: ma ULPIANO dà anche come sicuro che

¹⁾ La costruzione 'quamvis-attamen' e altre con 'attamen' nell'apodosi (non però il compilatorio *licet-attamen* [FERRINI]) sono particolarmente care ad ULPIANO: v. gli esempi raccolti da ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto* [Pavia 1911] p. 7 sg.

²⁾ Cfr. 21 § 3 D. 9. 4. ULP. l. 23 *ad E.* Per altri testi - e per la generale subordinazione della responsabilità nossale all'avere di fatto il servo 'in potestate' - v. LENEL, *E. P.*² p. 154 n. 13. Solo nel caso della *lex Aquilia* pare non potersi negare che il *dominus* risponda anche del servo in fuga: l. 27 § 3 D. 9. 2, ULP. l. 18 *ad E.* I vari tentativi - a cominciare dai bizantini (Hb. 5. 288. B. 60. 3. 27) - di ricondurre il testo alla regola generale non reggono alla critica: v. l'esame in GIRARD, *Les actions noxales* in *NRH.* 11 (1887) p. 431 n. 1, (seguito da BUCKLAND, *The roman law of slavery*, p. 129 sg.), il quale cerca di giustificare l'anomalia come una conseguenza del tenore testuale della *lex Aquilia*, che tiene responsabile l'*herus* (*contra*, ma senza dimostrazione, LENEL e KIPP, *ZSSr.* 10 p. 400). Che in materia vi fossero tra i classici gravi oscillazioni appare dalla l. 21 C. 6. 2 di GIUSTINIANO.

³⁾ L'identica riserva formula lo stesso GIULIANO per il possesso del servo dato a pegno (cfr. PAUL. l. 1 § 15 D. 41. 2, dove credo infondato il sospetto di interpolazione avanzato dallo STINTZING, *Arch. f. civ. Prae.* 109 (1912) p. 353 n. 36).

questo fosse l'unico effetto in ordine al quale si potesse dire che il possesso perdura durante la fuga¹⁾.

Il carattere eccezionale della massima appare anche da un altro passo di PAOLO (*l.* 54 *ad E.*: l. 1 § 14 D. 41. 2) [L. 657], nell' inciso - a cui per ora mi limito -

'sed *utilitatis causa* receptum est ut impleatur usucapio, quandiu nemo nactus sit eius possessionem',

e, indirettamente, da un altro testo dello stesso autore:

21 D. 6. 1, PAULUS *l.* 21 *ad Ed.* [L. 335]. Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. Nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, *si interea eum usuceperat*, actionibus suis cedat petitori et fructus eius temporis quo possedit praestet. Quod *si nondum eum usuceperit*, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, *quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat?* Nec iniquum id esse Pomponius libro trigesimo nono ad edictum scribit...²⁾.

I criteri di decisione del problema circa la responsabilità del *b. f. possessor*, convenuto nella *reivindicatio* dello schiavo, per averlo lasciato fuggire, sono vari: un presupposto costante, come risulta dagli incisi segnati, è che il possessore di buona fede possa compiere l'usucapione del servo anche durante la fuga³⁾. La massima è - si dice - *recepta utilitatis causa*, ma è pacifica: e GIULIANO non sembra affatto l'autore di essa, ma la sua autorità viene invocata unicamente per limitare a questo la portata concreta della conservazione del possesso.

¹⁾ Cfr. anche Hb. 5. 466 (Bas. 60. 12. 17 *sch.* 9), dove ancora l'AOIOTEODORITA insiste su questo effetto esclusivo.

²⁾ Prescindo dalle numerose interpolazioni scorte dal BESELER (*Beiträge* 3. 180), che qui non interessano.

³⁾ S'intende che un terzo che, anche in buona fede, apprenda il servo già fuggitivo, non lo può usucapire come furtivo: cfr. l. C. 6. 1; § 1 l. 2. 6 e l'espressa avvertenza in Hb. 5. 467 *sch.* 11 σημείωσαι e nello scolio a Teofilo 2. 6, 1 (ed. FERRINI, *Mem. Ist. Lomb.* s. 3. v. 9 [18] (1891) p. 38): εἰ καὶ τὰ μάλιστα δὲ ὁ φυγάς οὐκ] usucapiteuetai, ἀλλ' οὖν τὴν ἀρχαίαν νομὴν ἔχει usucapiona τῷ bona fide νεμομένῳ οὐκ ἀπορρίπτει.

*
**

3. Per la tutela possessoria abbiamo un testo interessante : un testo in tema di *accessio temporis*, del quale, soprattutto dopo la esauriente indagine dello ZANZUCCHI¹⁾, possiamo accertare con tutta sicurezza il riferimento originario.

l. 8 D. 44. 3, ULPIANUS l. 1 *regularium* [L. 2365]. In accessione temporis et id tempus, quo in fuga sit servus, domino eius procedere verum est.

Che Ulpiano non parlasse di usucapione è evidente, giacchè la questione è fatta per chi è già proprietario (*domino eius*). Rivendicata all'*interdictum utrubi*, l'affermazione di ULPIANO sarebbe un grave elemento per escludere che egli ammettesse la contintazione del possesso. L'ipotesi prospettata è quella che il servo, dopo essere rimasto in fuga per un certo tempo, sia stato poi preso da un terzo, e che contro questo terzo il precedente titolare esperisca l'*utrubi* per riavere lo schiavo. Egli potrà sommare col possesso proprio anteriore alla fuga il tempo in cui il servo era in fuga : il che implica che si tratta della somma di due possessi distinti, quasi che il periodo della fuga costituisca un possesso autonomo del servo su se stesso : se fosse stato pacifico che il possesso precedente dura, si sarebbe trattato d'un possesso unico, e parlare di *accessio* sarebbe gravemente inesatto. Il meccanismo dell'*accessio* permette al giureconsulto di favorire la posizione del possessore precedente nel processo interdittale, senza bisogno di passare attraverso il riconoscimento della conservazione del possesso.

Senonchè non è affatto sicura la genuinità del testo, anche all'infuori del mutato riferimento. Lo ZANZUCCHI²⁾ ha ritenuto che le parole '*in accessione temporis*' siano interpolate : ULPIANO avrebbe semplicemente dichiarato che giova al titolare il tempo della fuga in quanto la fuga non fa perdere il possesso. Il principio non è veramente — come vedremo — così pacifico da escludere in modo assoluto che qualche giureconsulto trovasse necessario ricorrere, per l'*utrubi*, al meccanismo dell'*accessio* : ma era però accolto proprio da ULPIANO

¹⁾ La *successio* e l'*accessio possessionis*: Arch. giur. 72 (1904) p. 122 dell'estr.

²⁾ L. cit. p. 123.

in un testo - che vedremo (l. 13 pr. D. 41. 2) - proprio a proposito dell'*utrubi*. L'interpolazione supposta dallo ZANZUCCI pare quindi a me probabile: per conseguenza il testo sarebbe una prima prova che veramente, nonostante la dichiarazione giulianea fatta propria da ULPIANO stesso nel testo dianzi riferito, il possesso del servo fuggitivo è ammesso non ai soli fini dell'usucapione.

*
* *

4. Intorno alla possibilità di acquistare il possesso *per servum fugitivum* troviamo gravi dissensi. Il problema è in nesso intimo con quello sulla continuazione o meno del possesso sul servo stesso, giacchè il principio romano, formulato in più testi quasi come un adagio tradizionale, è che in tanto si possiede *per servum* in quanto si possiede il servo stesso¹⁾. E che la massima fosse veramente presa sul serio risulta dai dubbi ricordati da GAIO relativi alla *uxor in manu*, al *caput in mancipio* e al *servus in quo usum fructum habemus*, per i quali si acquista sebbene non li si possieda²⁾, come - viceversa - dalla espressa riserva fatta per il creditore pignoratizio, che non acquista quantunque possieda³⁾. All'ultimo e più completo elaboratore della materia, PAOLO, la massima parve poco felice, e l'obiezione decisiva per lui è che si acquista anche *per filium*, sebbene il figlio non lo si possieda⁴⁾: obiezione la quale, a mio avviso, ha indotto i compila-

¹⁾ L. 21 pr. D. 41. 1; l. § 6 D. 41. 2; 23 § 2 *eod.*: su questo testo v. la nota 1, p. 52. Sul punto v. in particolare MANDRY, *Das gem. Familiengüterrecht* 175 sg.

²⁾ GAI. 2. 90 (è singolare che del figlio non si meravigli); 2. 94: cfr. 49 D. *h. t.* (v. c. 5). Per il servo in pendenza del *liberale iudicium* v. l. 25 § 3 D. 40. 12. Così si nega l'acquisto del possesso ai *municipes per servos* 'quoniam ipsos servos non possideant' (l. § 22 D. 41. 2): l'acquisto *per servum alienum qui a nemine possideatur*, negato implicitamente da GAI. 2. 95, è certo interpolato nella l. 31 § 2 D. 41. 2 (ALBERTARIO, *Corso cit.* 1 p. 304), e probabilmente *itp.* è pure la l. 31 § 2 D. 41. 3 (BUCKLAND, *The roman law of slavery* p. 133 n. 1). Una applicazione dello stesso principio è la regola che non può acquistare per sé chi è posseduto da altri (54 § 4 D. 41. 1; l. § 6 D. 41. 2): per i *captivi* cfr. 23 § 1 D. 41. 2 (*cum ipsi ab alio possideantur*).

³⁾ Cfr. 37 pr. D. 41. 1 (*itp.* 'traditio' per 'mancipatio').

⁴⁾ L. 1 § 8 *h. t.* La massima tradizionale credo collo JHERING (*Besitzwille* p. 115 sg.) risalga a un'epoca in cui anche alla signoria esercitata dal *paterfamilias* sul figlio non ripugna applicare la qualifica generale di *possessio* come a quella del *dominus* sullo schiavo.

tori a formulare in un testo interpolato una giustificazione destinata ad adattarsi tanto al figlio quanto al servo, senza peraltro riuscir più felice di quella tradizionale ¹⁾).

Il testo fondamentale relativo all'acquisto del possesso ²⁾ *per servum fugitivum* riferisce una netta divergenza tra i più noti rappresentanti delle due scuole classiche.

L. 1 § 14 D. 41. 2. PAUL, *l. 54 ad Ed.* Per servum qui in fuga sit nihil posse nos possidere Nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi. Sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. Possessionem autem per eum acquiri, sicut per eos quos in provincia habemus, Cassii et Iuliani sententia est.

Non si può negare che il testo si presenti un po' sconnesso nella sua redazione attuale. L'osservazione *licet-usucapi* è ritenuta dal KNIEP ³⁾ un glossema, ma d'altra parte l'espungerla non basta a mettere in regola il passo, perchè il periodo successivo *sed-possessionem* mal si connetterebbe direttamente alla parte iniziale: e, di più, il periodo finale, collegato con un '*autem*', non si sa ben vedere in che rapporto logico deva stare con quanto precede. Stupisce, sopra tutto, l'impersonalità di PAOLO, che non si pronuncia nè per un'opinione nè per l'altra: tanto più che egli aveva in questa materia, come vedremo, una sua opinione molto esplicita. Forse i compilatori hanno soppresso qualche parte del testo originario e ne hanno spostato

¹⁾ L. 23 § 2 D. *h. t.* (non si può possedere *per eum... quem civiliter in mea potestate non habeo*). Tutto l'inciso è reputato un glossema dal BREMER, *lurspr. antehadr.* 2. 467: *contra* SOLAZZI, *Alcuni punti controversi* ecc. p. 5 estr. Per RICCOBONO, *ZSSr.* 1910 p. 331 n. 3 è interpolato solo '*civiliter*' per '*iure civili*': ma per l'acquisto del possesso non par necessario che il rapporto sia '*iure civili*': a PAOLO bastava dire che il libero catturato non lo si possiede. ALBERTARIO, *Possessio civilis e naturalis* p. 37 estr. crede tutto l'inciso interpolato, ma invoca solo ragioni di forma. La mia ipotesi credo serva a lumeggiare ancora una volta il senso meno vivo che hanno i bizantini del valore tecnico dello *ius civile*.

²⁾ L'acquisto del dominio era pacifico. Sulla l. 19 D. 46. 3 v. in particolare SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb* p. 37 n. 72: il fatto che lo schiavo si comporti come libero importerà per la liberazione del debitore, non per l'acquisto al domino.

³⁾ *Vacua possessio* p. 146 n. 1.

qualche inciso; ma nella sostanza non par dubbio che esso rispecchi una reale antitesi tra i corifei delle due scuole.

Il rigore dell'opinione negativa affermata da Nerva - probabilmente nei suoi *libri de usucapionibus* - è una nuova prova del fatto - già in più occasioni constatato nel corso di questi studi - che alla scuola proculiana spetta il maggior merito nella prima elaborazione scientifica del possesso.

L'osservazione più importante da fare è che ad ammettere il possesso del servo fuggitivo e, per conseguenza, l'acquisto per mezzo suo, essi non hanno creduto di potersi servire della loro prediletta formola della conservazione *animo*, perchè ad essi non sfuggiva la radicale diversità di questo caso dagli altri per i quali non avevano esitato ad applicarla.

In quelli la disponibilità di fatto continua, sia pure alternata o transitoriamente sospesa nel suo esercizio: qui essa è interrotta in modo assoluto ¹⁾, se anche non definitivo. Non si può invocare il criterio che giova per la conservazione del possesso degli animali mansuefatti, e che troviamo applicato anche agli schiavi che si allontanano, giacchè il fatto della fuga è la più palese smentita dell'*animus revertendi* ²⁾: non si può invocare l'altro criterio che giova per il caso di occupazione clandestina di fondi, perchè l'elemento della ignoranza del titolare, che ivi è decisivo, qui non è normalmente presunibile e - in ogni modo - non è mai richiesto da nessuno dei testi che si occupano della materia.

Che ai Sabiniani considerazioni di utilità pratica potessero consigliare la soluzione più larga, si può comprendere: ma meno bene si comprende come essi abbiano potuto ricorrere all'infelice paragone

¹⁾ Cfr. 17 § 13 D. 21. 1.

²⁾ A torto credette poter far ricorso a questo criterio il DONELLO (*Comm. de iure civili* 5. 12. 23) coll'osservare che il servo *potest propositum mutare et propositum redeundi conservare domino possessionem!* Se il servo, pentito della fuga, ritorna al domino, questi riacquisterà *ex novo* il possesso: il semplice mutamento dell'*animus* del servo, che non basta a togliergli la qualità di *fugitivus* (l. 17 § 1 D. 21. 1), non basterà, naturalmente, a far sì che il possesso rinasca: meno che mai la semplice possibilità di tale mutamento può bastare a che il possesso non si perda. Contro quest'opinione, che è anche del DUARENO, v. BACHOVIVS, *Notae et animadvers. in disput. Trentleri* v. 2^o p. 1^a p. 140. Egli anzi avverte che normalmente il fuggitivo non avrà l'*animus* di acquistare al domino: acquista a lui solo se non ha l'intenzione di acquistare *nominatim* ad altri (arg. l. 1 § 19 D. h. t.).

dei servi '*quos in provincia habemus*'. In questi la conservazione del possesso, colle relative conseguenze, è normale: qui veramente il criterio dell'*animus revertendi* può trovare applicazione, in quanto il servo, anche lontano, sa di essere alle nostre dipendenze e di agir per conto nostro; la disponibilità di fatto non è punto estinta, e, se i Proculiani avessero formulato anche a questo proposito la solita regola che il possesso si conserva *animo*, noi non ci troveremmo niente a ridire. Ma il caso del *servus fugitivus* non ha, con questo, altro elemento in comune che quello della lontananza, elemento privo come tale di ogni importanza: mentre il fattore decisivo, ossia l'*animus* del servo, è addirittura antitetico, e antitetico pure, normalmente, l'*animus* del padrone, che nell'un caso sa che il servo, sebbene lontano, è a sua disposizione, nell'altro sa che il servo è fuggito appunto per sottrarsi di fatto a questa disposizione; può desiderare o sperare di ricuperarne il possesso, ma non può disconoscere di averlo per intanto perduto.

Alla tesi negativa aderisce in due testi POMPONIO:

15 D. 6. 2 POMPONIUS l. 3 *ad Sabinum* [L. 402]. Si *servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.*

L'opinione accolta dal SAVIGNY¹⁾ che qui '*possessio*' significhi detenzione, non può soddisfare alcuno che abbia presente il valore tecnico della terminologia dei classici in questa materia: meno ancora può soddisfare la vecchia opinione di BARTOLO per cui si tratterebbe d'un servo già preso da altri: con che si sottintende nel testo un elemento, che sarebbe decisivo e di cui non c'è nessuna traccia, e che anzi è escluso espressamente dall'inciso '*cum in fuga sit*': il servo di cui un terzo si sia impossessato cessa di essere '*in fuga*.' Giova notare che la funzione della publiciana, a cui il frammento si riferisce, è di anticipare gli effetti dell'usucapione, e che in questa materia non è raro che i giureconsulti si inducano ad ammettere delle deroghe senza per questo rinnegare la logica dei principi.

¹⁾ *Tr. de la possession* p. 271 n. 2. V. già p. es. VOET, *ad Pand. tit. 41. 2* n. 7 (v. 2 p. 412), per cui qui '*possessio*' va inteso '*de naturali ac corporali possessione*'.

54 § 4 D. 41. 1 POMPONIUS [Modestinus F.] l. 31 *ad Quintum Mucium* [L. 308]. ... Sed nec per servum alienum, quem nos bona fide possidemus, dominus peculiari nomine ignorans usucapere poterit, *sicuti ne per fugitivum quidem, quem non possidet.*

Il testo non esclude specificamente l'acquisto *ex novo* del possesso, ma che ad esso si riferisca risulta dall'ipotesi prospettata, giacchè l'ignoranza del *dominus* va riferita al momento dell'acquisto. La ragione della risposta negativa è sempre la solita: non si possiede nè si usucapisce *per servum fugitivum* perchè non lo si possiede.

La soluzione affermativa di CASSIO e di GIULIANO la ritroviamo nel Sabiniano GAIO, in un passo che merita peraltro un attento esame.

l. 25 D. 40. 12, GAIO *ad ed. pr. urbani tit. de liberali causa* [L. n. 44]: Licet vulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse, tamen, si servus sit, certum est nihilominus eum, quod ei tradatur vel stipuletur, perinde domino acquirere atque si non de libertate eius quaerebatur. Tantum de possessione videbimus, cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere: sed magis est ut adquirat, licet ab eo non possideatur. Et cum placuit per fugitivum quoque nos possessionem acquirere posse, quid mirum etiam per hunc, de quo quaeramus, adquiri?

GAIO si occupa della condizione del servo in pendenza del *liberale iudicium*, quando cioè egli si trova 'in possessione libertatis' in applicazione del noto precetto decemvirale che impone la attribuzione delle *vindiciae secundum libertatem*¹⁾. *Quid iuris* per gli acquisti fatti dallo schiavo in questo periodo? Non c'era dubbio quanto all'acquisto

¹⁾ Sul rapporto tra la regola decemvirale e l'aforisma ricordato da GAIO v. LENEI, *Edictum*² p. 365: giusta è l'osservazione che il '*vulgo dicitur*' depone piuttosto contro che a favore di un'apposita clausola editale, la quale andrebbe riferita a quella categoria degli 'editti civili' oggetto recentemente di un largo studio da parte del KRÜGER II., in *ZSt.* 1916 p. 230 sgg. Sul momento in cui avveniva l'attribuzione della *vindiciae* - se all'inizio del procedimento *in iure* o alla *litis contestatio* - v. UBELONDE in GLÜCK I. 43-44 p. 5^a tr. it. p. 516 sg., e *Gött. Gel. Anz.* 1888 p. 356 sg. (recensione a MASCHKE, *Der Freiheitsprozess des klass. Altertums*, Berlin 1888). Per l'opinione del KNIEP, *Vacua possessio* p. 151 n. 4, secondo cui come già per il BEKKER - sarebbe questo il famoso *unus casus* delle Istituzioni - v. la critica recente di SCIALOJA, *Unus casus*, in *Studi per Simoncelli*, p. 10 estr.

della proprietà o di diritti in genere¹⁾: per l'acquisto del possesso fa difficoltà il fatto che in quel periodo vien omesso quello che è il presupposto che i giureconsulti classici - e GAIO in particolare - esigono: come si potrà acquistare *per servum* il possesso quando il servo in quel periodo non è posseduto? Il testo risolve senz'altro la difficoltà in senso affermativo, adducendo - come unico argomento decisivo - la possibilità di acquistare il possesso anche *per servum fugitivum*.

Lasciamo pure da parte per ora il caso specifico del servo in pendenza del *liberale iudicium* e limitiamo l'esame al parallelo finale. Per elementi formali ne ha recentemente dubitato il BESELER²⁾, per l'uso del *cum* causale coll'indicativo: ma a questo elemento, che non mi pare decisivo, altri ve ne sono da aggiungere. Che in linea di fatto GAIO ammettesse l'acquisto *per servum fugitivum*, come già CASSIO e poi GIULIANO, è da ammettere, tanto più che c'è un altro testo, che pure vedremo, in quest'ordine di idee: ma la massima, che era risolutamente negata dai Proculiciani e che troviamo nettamente respinta ancora da POMPONIO, non poteva apparirgli come qualche cosa di pacifico, tanto da affermarla con un semplice '*placuit*' e da prenderne le mosse per un'illazione. L'uso del '*placet*', '*placuit*', è gaiano ma, quando è usato in modo assoluto, indica per lui, come in generale nell'uso dei giureconsulti, una regola pacifica, anzi di preferenza una regola di carattere tradizionale³⁾; diversamente GAIO usa attenuarla con un '*magis*'⁴⁾, oppure anche '*quibusdam*'⁵⁾ o '*plerisque*'⁶⁾, ovvero indica nominativamente quali giuristi seguano quella opinione: e ciò particolarmente quando si tratti di punti controversi tra i corifei della sua scuola e quelli della scuola avversa⁷⁾. Nel caso in questione GAIO non poteva ignorare che una forte corrente contraria

¹⁾ Per l'itp. della *traditio* per la *mancipatio* v. GRADENWITZ, ZSSr. 6 (1885) pag. 60.

²⁾ *Beiträge* 3 p. 63.

³⁾ Così p. es. la necessità dell'*exhereditatio nominatim* dei figli maschi (GAI. 2. 132); la regola '*obligatio ab heredis persona incipere non potest*' (GAI. 3. 153); l'estensione dell'*usucapio pro herede* in presenza dell'*heres suus* (GAI. 3. 201).

⁴⁾ GAI. 1. 25, 101; 3. 114, 145, 146; 4. 29.

⁵⁾ GAI. 2. 243; 4. 46.

⁶⁾ GAI. 2. 7, 208, 276; 3. 75, 147, 160, 203; 4. 29.

⁷⁾ *Sabino et Cassio* GAI. 2. 79; 3. 161; 4. 114; *Sabino* 2. 154, 178; 3. 218; *Cassio* 3. 71; *Proculo* 2. 195, 4. 163; *Nervae* 3. 133; *Pegaso* 3. 64; *Iuliano* 2. 218; 280; *nostri praeceptoribus* 3. 163; *diversae scholae auctoribus* 3. 178.

a CASSIO esisteva: dirò di più, GAIO stesso in questo caso divergeva se non dalla soluzione positiva, certo dalla giustificazione datane, poichè - come vedremo nella l. 15 D. 41. 2 - egli ha sentito il bisogno di dare una spiegazione più seria che non fosse quell'infelice paragone tra servi fuggitivi e servi lontani che fa meraviglia trovar formulato da CASSIO e accolto persino da GIULIANO.

L'affermazione recisa fa assai meno meraviglia in bocca dei compilatori, per i quali la regola è oramai fuori di discussione: assai più dubbio è se l'alterazione investa anche la decisione del caso del *liberale iudicium*, come già era stato sospettato da un nostro romanista ¹⁾.

L'opinione affermativa appare invece in un altro testo recisamente affermata e senza traccia, per quel ch'io vedo, di alterazioni: ma siamo già alla fine dell'età classica, con ERMOGENIANO.

l. 50 § 1 D. 41. 2 HERMOGENIANUS l. 5^a *iuris epitomarum*. Per servum in fuga agentem, si neque ab alio possideatur neque se liberum esse credat, possessio nobis acquiritur.

E anche da un testo di ULPIANO (l. 54 *ad Ed.*) si evince lo stesso insegnamento:

l. 2 § 25 D. 47. 8. Si fugitivus meus quasdam res instruendi sui causa emerit caeque raptae sint, quia in bonis meis ²⁾ hae sunt res, possum de his vi bonorum raptorum actione agere.

Non c'è dubbio che questa sia l'opinione preferibile per diritto giustiniano. Essa è anzitutto la tendenza più larga, e la conseguenza dell'avere i giustinianeî accolto come regola generale il principio che del servo fuggitivo si conserva il possesso. Essa risulta poi anche indirettamente da un altro rilievo. In due testi che parlavano dell'acquisto *per servum fugitivum* mediante *mancipatio* i compilatori hanno

¹⁾ RUGGIERI, *Il possesso* § 309 (v. 1 p. 473 sg.): tutto il periodo *sed magis est-acquiri* sarebbe per lui interpolato e vi ravvisa i segni dell' 'enfasi orientale'. A dubitarne mi induce sopra tutto il rilievo che i giustinianeî, che hanno interpolato la l. 3 § 10 D. 41. 2 (v. oltre nel testo), non dovrebbero negare in modo così assoluto il possesso. D'altra parte il servo in pendenza del *liberale iudicium* certo si crede libero: ipotesi in cui l'acquisto è negato da ERMOGENIANO.

²⁾ L'espressione è usata con riguardo al testo editale 'sive cuius bona vi raptae esse dicuntur' (l. 2 § 11 *eod.*; LENEL, *E. P.* ² p. 381).

secondo il solito sostituito la *traditio*¹⁾: e poichè la *traditio*, se è modo d'acquisto, ormai generale, della proprietà, è anche e prima di tutto modo d'acquisto del possesso, quello che i testi originali dicevano della sola proprietà, lasciando impregiudicato il problema del possesso, diventa nella nuova redazione una conferma della regola di CASSIO, di GIULIANO, di GAIO e di ERMOGENIANO²⁾.

*
* *

5. Come s'è visto, i Procleiani che negavano l'acquisto per *servum fugitivum* negavano anche la continuazione del possesso di esso: anzi la prima negazione trovava la sua giustificazione nella seconda: negava tale continuazione implicitamente POMPOPIO nel primo dei due testi riferiti, ed esplicitamente nel secondo: '*per fugitivum... quem non possidet*'³⁾. È ben vero che a questo inciso si è tentato di dare un valore restrittivo⁴⁾, limitando la negativa a quei casi in cui tutti riconoscevano la perdita (servo preso da altri - servo che '*se liberum esse credat*'): ma l'interpretazione è di quelle che, necessarie quando si trattava di conciliare per forza affermazioni discordi, non regge alla più elementare critica ora che i testi li possiamo e dobbiamo valutare

¹⁾ Cfr. l. 12 § 3 D. 7. 1, ULPIANUS l. 16 (17) *ad Sabinum* [L. n. 2572], dove l'interpolazione risulta dal confronto coll'originale *Vat.* 89; l. 22 § 9 D. 17. 1, PAUL. l. 32 *ad Ed.* (L. n. 487) su cui v. HEVELIN, *Études sur le furtum* I, 640.

²⁾ I testi si occupano solo dell'acquisto *ex novo* del possesso: dove, poichè del negozio del *fugitivus* normalmente il *dominus* è *ignorans*, dovrà supporli trattarsi della '*peculiaris causa*'. Sulla continuazione del possesso precedentemente acquistato i testi tacciono, ma l'affermativa è a fortiori ammissibile: lo è, anzi, pure in alcuni casi in cui l'acquisto dovrebbe negarsi: per esempio il *fugitivus qui se liberum credat* non può certo acquistar il possesso al domino (ERMOGENIANO) ma non così ripugna credere che possa continuare a possedere per il *dominus*: come se - credendosi in buona fede liberato (cfr. 12 § 2-3 D. 40. 12) - continui a considerarsi detentore per il *dominus*: cosa possibile, giacchè altro è la rappresentanza nell'acquisto - svoltasi entro limitati confini - altro l'essere semplice strumento di conservazione dell'altrui possesso, quale può essere il figlio o lo schiavo fuori della *peculiaris causa*, il colono, l'ospite, l'amico o chicchessia.

³⁾ Nei Basilici (50. 1. 53, Hb. 5. 45) è omissa l'inciso '*quem non possidet*' (ὁὐ γὰρ ὡς ἐλευθέρου ἀποδοκίμαζοντος διὰ φυγῆς οὐ γίνεσθαι): certo per errore, come ritiene l'HEIMBACH: giacchè una massima così rigida non solo è contraria all'indirizzo bizantino, ma non si può neppure attribuire ad ERMOGENIANO, e non è quindi il caso di pensare che qui - come talvolta accade - la *summa* greca rispecchi più fedelmente del Digesto il tenore originale classico.

⁴⁾ Cfr. SAVIGNY, *Tr. de la possession* p. 271 n. 2.

senza preoccupazioni: basti osservare che questa interpretazione di-
strugge tutta la forza logica del ragionamento.

Dal testo di GAIO (l. 25 § 2 D. 40. 12) prescindiamo, giacchè è proba-
bilmente interpolato: del resto esso, mentre afferma l'acquisto *per*
servum fugitivum, non si pronuncia sulla continuazione del possesso
di esso: anzi, di fronte all'intimo parallelismo istituito col caso del
servo '*post ordinatum liberale iudicium*', del quale si ammette che
'*adquirat licet... non possideatur*,' si potrebbe essere indotti a utiliz-
zare il testo, ove fosse genuino, piuttosto per il no che per il sì¹⁾.

Viceversa altri testi riconoscono la continuazione del possesso:
sono un testo di GAIO, tre di ULPIANO e tre di PAOLO - a cui va ag-
giunto un quarto di PAOLO che, pur trattando solo il problema paral-
lelo del servo che *pro libero se gerat*, non può essere trascurato.

Potrebbe presentarsi, *a priori*, il sospetto di un'alterazione: ma i
testi peraltro non presentano elementi decisivi di dubbio.

l. 15 D. 41. 2, GAIVS l. 26 *ad Ed. prov.* (LENEL n. 359).

Rem, quae nobis subrepta est, perinde intellegimur desinere
possidere atque eam, quae vi nobis erepta est. Sed si is, qui in
potestate nostra est, subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res,
tandiu non amittimus possessionem, quia per huiusmodi personas
adquiritur nobis possessio. Et haec ratio est, quare videamur fu-
gitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum posses-
sionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest.

l. 13 pr. D. *eod.*, ULPIANUS l. 72 *ad Ed.*

Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent nau-
fragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per
id tempus, quo erant mersi. Ego dominium me retinere puto, pos-
sessionem non puto, nec est simile fugitivo; namque fugitivus
idecirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione: at
in lapidibus diversum est.

Entrambi i testi - che pare fossero in tema di *interdictum utrubi*
- concordano nel riconoscere che il servo fuggitivo si considera (*vi-*
deamur, videtur) come sempre in nostro possesso, e nel dare come

¹⁾ Cfr. anche 36 § 2 D. 47. 2 (ULPIAN. l. 41 *ad Sab.*, citando POMPONIO): v. oltre
nel testo.

giustificazione di questo principio la massima che il servo, come non può togliere il possesso delle cose da lui possedute, così non può privarci del possesso di se stesso. Principi che vanno intesi entro i limiti dell'*interversio* in senso tecnico, giacchè è pur certo per diritto classico che il servo può privare il *dominus* del possesso delle cose da lui tenute se le consegna ad altri, e del possesso di se stesso se - per esempio - si lascia o si fa rubare. Per le cose tenute dal servo, la regola appare anche logica dal punto di vista della teoria possessoria più evoluta: giacchè il servo sostituisce il domino solo nell'elemento corporale del possesso (*possessio corpore servi, animo nostro*), alla eventuale mutazione del suo atteggiamento psicologico non si bada: e anche prescindendo, come facevano i più antichi, da questa considerazione, è pur sempre vero che, finchè si possiede il servo, tutto quanto è nella sfera di disponibilità del servo è, in ultima analisi, nella disponibilità del padrone¹⁾. Nel caso del *fugitivus* le cose vanno un po' meno lisce, giacchè parlare con GAIO di un possesso del servo su se stesso è per lo meno artificioso, e in ogni modo il servo fuggendo si sottrae alla disponibilità del padrone in modo, se anche non definitivo, certo assoluto²⁾. La giustificazione data in questi due frammenti va forse in ultima analisi ricondotta a quella regola per cui il servo non può mai *deteriorem facere condicionem domini*, e non è da escludere che le esigenze pratiche abbiano influito a far accettare

¹⁾ È per questo che lo schiavo, come il *filius familias*, non commette furto sottraendo cose del padre o del *dominus*: se SABINO, sempre escludendo l'*a. furti*, ammetteva però che il furto ci fosse (cfr. 17 fr. D. 47. 2; 36 § 2 *cod.*), pare lecito argomentarne coll'HUVELIN (*op. cit.* p. 691 sg.) che quanto alla conservazione del possesso del *fugitivus* egli divergesse da CASSIO. E infatti POMPONIO, citato da ULPIANO nel secondo testo, sappiamo che era dell'opinione negativa. Che colla fuga il servo commetta furto di se stesso v. in l. 1 C. 6. 1 (DIOCL. et MAX.), 61 (60) D. 47. 2. Sui limiti in cui va intesa la conseguenza della inusucapibilità v. ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis cit.*, p. 122 n. 3 dell'estr.

²⁾ Nelle svariate ipotesi prospettate, sulla scorta di parecchi giuristi, da ULPIANO nella l. 17 D. 21. 1, all'elemento dell'*animus* (che importa per escludere che si applichi il criterio dell'*a. revertendi*) si aggiunge quello dell'allontanamento effettivo: colla fuga si ha - di certo CELIO (§ 10) - una liberazione di fatto, non dalla *dominica potestas*. Di qui i dubbi (§ 4) sul caso di chi si nasconde in casa. PROCULO ammetteva che ciò basti a costituire il servo '*fugitivus*': ma va tenuto presente che i giureconsulti si occupavano del problema ai fini dell'obbligo imposto ai venditori dall'editto edilizio: dal puro punto di vista del possesso forse la decisione sarebbe stata diversa.

questa reale deroga alla logica del regime del possesso¹⁾. C'è però questo di particolarmente interessante, che tanto GAIO quanto ULPIANO hanno lasciato cadere la vecchia spiegazione troppo semplicista di CASSIO che — col paragone tra *s. fugitivus* e servi *qui in provincia sunt* — mostrava di non avvertire l'essenza del problema.

Si tenga presente che lo stesso ULPIANO, nella l. 175 § 3 D. 47. 2, limitando con GIULIANO l'efficacia del possesso ai fini dell'usucapione, mostra di ammettere — sia pure così limitata — la continuazione del possesso: e nella l. 8 D. 44. 3, ammesso che l'*accessio* sia interpolata, ULPIANO ammetterebbe la continuazione anche ai fini della difesa interdittale.

L'altro frammento è la l. 12 § 3 D. 7. 1, ULPIANUS l. 17 (16) *ad Sabinum* (LENEL n. 2572).

De illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo meus usus fructus est, stipuletur aliquid ex re mea vel per traditionem accipiat: an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usum fructum? Magisque admittit retinere. Nam saepe, etiamsi praesentibus servis non utamur, tamen usum fructum retinemus: ut puta aegrotante servo vel infante, cuius operae nullae sunt, vel defectae senectutis homine: nam etsi agrum aremus, licet tam sterilis sit ut nullus fructus nascatur, retinemus usumfructum. Iulianus tamen libro trigensimo quinto digestorum scribit, etiamsi non stipuletur quid servus fugitivus, retineri tamen usum fructum: nam *qua ratione, inquit, retinetur a proprietario possessio, etiamsi in fuga servus sit*, pari ratione etiam usufructus retinetur.

L'elegante problema riferito da ULPIANO²⁾ ci mostra ancora una volta in antitesi, in questa materia, POMPONIO e GIULIANO, e ci dà

¹⁾ Meno esatta pare la formola data dal GOLDSCHMIDT, in *Festschr. Gneist* p. 91, il quale nota che la volontà del servo ha efficacia giuridica solo per il '*dominus*': cfr. anche FERRINI, *Pandette* p. 329 n. 6.

Recisamente contrario alla giustificazione di GAIO e d'ULPIANO è il BAEHR, *Jh. Jahrb.* 7 (1863) p. 137. — Che, comunque, essa sia genuina, appare per me specialmente dal rilievo che GIUSTINIANO avrebbe tre volte in PAOLO una spiegazione più conforme al nuovo ordine di idee.

Il BUCKLAND, che pur non nega l'anomalia della regola, pensa di giustificarla col rilievo che di fatto le apparenze esteriori continuano immutate, finchè il servo non intenti il giudizio liberale o il decorso del tempo faccia presumere la vicinanza del padrone (*op. cit.* p. 271).

²⁾ SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb* p. 152.

come formulata, testualmente o quasi, da quest'ultimo la regola che '*retinetur a proprietario possessio, etiamsi in fuga servus sit*'. Piuttosto l'interprete rimane seriamente imbarazzato quando si tratta di mettere in armonia questa regola coll'altra, pure espressamente attribuita a GIULIANO, che questo possesso del *servus fugitivus* '*ad usucapionem tantum proficit*'.

Parlando di una *possessio* che '*retinetur a proprietario*', GIULIANO evidentemente non può pensare all'usucapione.

Che la l. 12 § 3 sia interpolata? Il sospetto nasce invincibile; e forse, preso di mira il testo cogli strumenti più energici della critica, si arriverebbe a demolirlo con una qualche probabilità di successo. Ma la fortuna — che qualche rara volta interviene in buon punto a salvare gli interpreti da qualche grosso sproposito — ci ha conservato nei Frammenti Vaticani (89) il testo originale e questo, con varianti di lieve importanza, contiene proprio l'inciso incriminato:

nam qua ratione, inquit, retinetur a proprietatis domino possessio, etiamsi in fuga servus sit...

E allora? Pensare ad una interpolazione anche del frammento Vaticano non mi è possibile. Non ci resta che prendere atto delle oscillazioni della dottrina dei giureconsulti, alle quali non ha saputo sottrarsi lo stesso GIULIANO¹⁾. Si può ritenere che la regola della conservazione del possesso era largamente ammessa nella pratica, ma non altrettanto bene assicurata nella dottrina. Mentre i Proculiciani — meglio valutando il caso coi concetti possessori — si tenevano fermi alla negativa, alcuni, almeno, fra i Sabiniani aderivano all'affermativa, prima dissimulandosi il problema (CASSIO, a cui aderì GIULIANO), poi tentandone una spiegazione (GAIO): e, mentre si cerca di limitare la portata della regola al caso più urgente dell'usucapione, altre volte la regola è ripetuta senza alcuna limitazione. Dobbiamo riconoscere che la dottrina non era riuscita, in questa materia, a trovare l'*ubi consistam*.

¹⁾ Non si può seguire CUIACIO nel tentativo di limitare in tutti i testi la conservazione del possesso ai soli fini dell'usucapione; per lui questa limitazione andrebbe applicata anche ai servi *quos in provincia habemus*. Ma anche meno si può seguire il punto di vista inverso del SUAREZ (in MEERMANN, *Novus Thesaurus* 2. 71).

*
* *

6. *L'ubi consistam* fu finalmente raggiunto da PAOLO. PAOLO, nell'affermare senza esitazione il possesso del servo fuggitivo, si serve del concetto a lui familiare dell'*animus possidendi*: il *dominus* conserva il possesso *solo animo*. Si noti che nessuno prima di PAOLO aveva pensato a quest'applicazione¹⁾: i Procleiani, che hanno introdotto la formola con applicazioni tutt'altro che tinide, non hanno pensato affatto a servirsene in questo caso, dove anzi hanno assunto un atteggiamento negativo: quelli fra i sostenitori dell'opinione affermativa che hanno voluto darne una giustificazione si sono incamminati, come GAIO e ULPIANO, per tutt'altra strada. Per PAOLO la strada è semplice: è ben vero, egli pensa, che colla fuga del servo noi ne perdiamo la disponibilità in modo assoluto, ma con questa disponibilità va perduto un solo degli elementi del possesso, la '*possessio corpore*', l'altro, l'*animus possidendi*, sopravvive.

I testi del Digesto non sono molto decisivi. In uno PAOLO ammette senz'altro la conservazione del possesso del fuggitivo, ma senza darne nessuna spiegazione:

l. 15 § 1 D. 41. 3 PAULUS l. 15 ad Plautium (LENEL n. 1217).

Si servus, quem possidebam, fugerit, si (etsi) pro libero se gerat, videbitur a domino possideri²⁾.

¹⁾ Nella l. 47 D. 41. 2 di PAPINIANO (l. 26 *quaest.*) non è fatto esplicitamente il caso del fuggitivo; e del resto il passo non è immune da sospetti.

²⁾ Il KNIEP (*Vacua possessio* p. 149) reputa glossema l'inciso *etsi-gerat*: a me pare possa difendersi come genuino, in base ai rilievi esposti più oltre nel testo. La Vulgata ha: *nisi* p. l. s. g., ma la lezione è indubbiamente scorretta; cfr. JAUCH, *de negat* p. 35. — Nella parte successiva del testo non mancano elementi formali di dubbio (pro sua libertà *litigare*: v. SECKEL-HEUMANN⁹ s. h. v.), ma dubito assai che possa reputarsi tutto interpolato, col LENEL (*Paling. ad h. l.*), perchè combacia, anche nelle espressioni [*se adversarium praeparavit*] colla prima parte, genuina, della l. 3 § 10 D. 41. 2, mentre è in antitesi colla seconda parte, che è certo interpolata, e che conduce ad ammettere il possesso anche in quest'ipotesi in cui il *servus* è ricaduto di fatto in potestà del padrone (*si apprehensus fuerit*). Il manifesto dissenso tra le due parti del testo propenderei col FERRINI (*Mem. R. Acc. Modena*, s. II v. 10, 1894) ad attribuirlo a un'annotazione di PAOLO a PLAUZIO. Nei Basilici (50. 3. 14: Hb. 5. 57) il testo è riassunto, togliendo l'accenno all'essere stato il servo ripreso (τὸν ἐν φυγῇ δοῦλόν μου νέμονται, εἰ μὴ εἰς εὐγένειαν ἀναβῇ).

In un altro troviamo affermata la conservazione del possesso *animo* ma per un'ipotesi affatto diversa e, per giunta, con fortissimi sospetti d'alterazione.

3 § 10 D. 41. 2. PAULUS *l. 54 ad Ed.* (LENEL n. 658):

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. Sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilominus in possessione mea est et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.

La decisione contenuta nel primo periodo - a parte il richiamo a Spartaco, evidente glossema - è normale. Non si tratta di un fuggitivo, e ciò spiega la diversità di decisione col testo precedente ¹⁾. Il servo fuggitivo - quello cioè che si allontana dal padrone coll'intenzione di sottrarsi alla sua signoria ²⁾ - può ben farsi passare per un uomo libero, anche per eludere più facilmente le ricerche, ma ciò non modifica la sua posizione giuridica ³⁾, anche in ordine ai problemi possessorii, e soltanto ne aggrava la condizione dal punto di vista della sanzione penale ⁴⁾. Il comportarsi come libero può invece avvenire indipendentemente da fuga ⁵⁾, in piena buona fede, quando per esempio il servo *se liberum credat* ⁶⁾, pronto a sostenere, per mezzo dell'*adsertor*, il suo diritto di fronte al domino: solo allora egli può dirsi *in possessione libertatis sine dolo malo* ⁷⁾, e solo allora sarà protetto dal pretore. Per la seconda parte del testo invece le cose si com-

¹⁾ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Festg. f. Gneist* p. 96; *Verm. Schr.* 1 p. 311.

²⁾ Cfr. le definizioni di OFILIO, di CELIO e di CASSIO riferite da ULPIANO nel testo fondamentale (17 pr. § 2 D. 21. 1).

³⁾ 11 D. 40; 12 cfr. B. 48. 8. 11: ὁ γὰρ φεύγων, καὶ ὡς ἐλεύθερος διάγων, ἐν αἰτίᾳ ἐστὶ φευγᾶδος.

⁴⁾ L. 2. D. 11. 4. CALLISTRATUS, *l. 6 cognitionum*.

⁵⁾ L. 27 § 16 D. 21. 1. Anzi - viceversa - da parte di un libero il fuggire è un *'pro servo agere'*: 10 D. 40. 12 (ALFENO VARO citato da ULPIANO). In proposito cfr. BUCKLAND, *op. cit.*, p. 274.

⁶⁾ Cfr. 50 § 1 D. 41. 2: casi in l. 12 § 2-3 (itp.) D. 40. 12, Il *'pro libero se gerere'* non coincide quindi affatto col *'se liberum credere'* e non è perciò esatto sostituire l'un termine all'altro quando si formulano le due eccezioni al possesso del fuggitivo.

⁷⁾ Cfr. LENEL, *E. P.* ² p. 372.

plicano, giacchè ivi si dichiara che il possesso si perde solo se il servo 'diu' ¹⁾ in libertate moratur', e che diversamente si conserva (*animo*) fino all'esito del *liberale iudicium*, in manifesta antitesi con quanto da altri testi ci è dichiarato che in previdenza di tale giudizio il servo 'pro libero habetur', o 'liberi loco est' ²⁾, ossia è, come pure dicono le fonti, 'in possessione libertatis' ³⁾. L'antitesi ⁴⁾ è particolarmente recisa col testo di GAIO già ricordato (25 § 2 D. 40. 12) dov'è detto che 'ipsum (servum) post litem ordinatam desinet dominus possidere': e la conciliazione, tentata già dalla glossa e da BARTOLO ⁵⁾ che il possesso sia perduto *corpore* ma conservato *animo*, è manifestamente insostenibile. L'interpolazione fu già segnalata dal LENEL nella *Palingenesia* e veramente, se anche mancassero indizi formali che invece abbondano (*alioquin... ex possessione servitutis in libertate reclamaverit... in possessione mea est et eum possideo*, ripetizione inelegante), quello sostanziale è più che sufficiente a dimostrarla. Si potrebbero avere dei dubbi - per diritto classico - per il caso del servo che 'in libertatem proclamat' prima che, procuratosi l'*adsertor*, si inizi il *liberale iudi-*

¹⁾ Questo rilievo della lunga durata della 'possessione libertatis' compare anche nella l. 1. C. 7. 22 di Diocleziano, con riferimento alla 'usucapio libertatis': TALLELEO (Hb. 4. 789) avverte che il *diu* va riferito ai 20 anni richiesti dalla l. 2 C. *eod.*: nella l. 3 § 10 sarebbe eccessivo esigere un tale periodo, trattandosi esclusivamente di valutare la cessazione del possesso. Gli scrittori peraltro hanno tentato di concretare il 'diu' in un periodo fisso, ora in 10 anni ora in 2, argomentando arbitrariamente, in questo secondo caso, dal regime dell'*ager desertus*: cfr. DE VILLOSA, *op. cit.* c. XI n. 13, p. 114. La prima soluzione ha invece per diritto giustiniano, una solida base in l. 16 § 3 D. 40, 9, riguardante la *revocatio in servitutem*: « si non diu in libertate fuisset, (id est non minus decennio) (itp. PERNICE-KRUEGER) ».

²⁾ PAUL. 24 pr. § 3 D. 40. 12; GAI. 25 § 2 D. *eod.*; ALEXANDER l. C. 5. 34.

³⁾ DIACL. et MAX. 14 C. 7. 16; VAL. THEOD. ARCAD. 9 C. Th. 4. 8). L'espressione è perfettamente conforme all'uso romano di usare la parola 'possessione' fuori della sua sfera tipica d'applicazione, per designare il godimento di fatto di una posizione giuridica (cfr. 4 C. Th. 4. 8 *libertate frui*). Antiromana è invece la 'possessione servitutis' che compare in COSTANTINO 7 C. 7. 19 e la cui interpolazione è già stata veduta da altri (v. SECKEL-HEUMANN, *s. h. v.*: cfr. c. 20 C. 4. 19, Ed. Theoder. 96); essa rispecchia un punto di vista puramente processuale.

⁴⁾ MASCHKE, *op. cit.* p. 34 sg. si limita a riconoscere in PAOLO (cfr. 24 pr. D. 40. 12) una oscillazione. La parte finale (*quid enim si...*) della l. 24 pr. è ritenuta itp. da BESELER, *Beitr.* I. 67, in quanto è superfluo dopo la dichiarazione generale che la precede. Ma è genuina questa parte? Nei Basilici (48, 8. 24; Hb. 4. 728) l'ipotesi - che nel testo del Digesto è generale - è limitata al caso di chi è *convenuto* nel giudizio di stato (ὁ ἀρξάμενος...).

⁵⁾ Opp. 5. 101, 8. 2 (ed. Torino 1589).

*cium*¹⁾: ma in precedenza di questo l'obbligo di attribuire '*vindicias secundum libertatem*', qualunque sia il modo con cui il pretore vi ottempera nelle varie fasi storiche²⁾, fa sì che il possesso sia tolto al padrone: salve le garanzie per la restituzione e salva anche - a quanto ammette GAI0 (l. 25 § 2 D. 40. 12 cit.) - la continuazione degli *effetti* del possesso. Probabilmente il desiderio di giustificare questa continuazione - sia quanto agli acquisti che all'eventuale usucapione - ha indotto i compilatori a ricorrere alla concezione del possesso che perdura *animò*. Questa ha poi il grande vantaggio che, mentre assicura al *dominus* la continuazione degli effetti del possesso a tutti i fini, non nuoce menomamente alla libertà di fatto di cui lo schiavo gode in pendenza della lite, ora sostenuta da lui personalmente, abolita da GIUSTINIANO la necessità dell'*adsertor*³⁾.

Ma, lasciato questo testo da parte, troviamo la conservazione del possesso del fuggitivo e la relativa giustificazione esplicitamente affermata da PAOLO nelle *Sententiae*;

2. 31. 37.

Servus, qui in fuga est, a domino quidem possidetur, sed dominus furti actione eius nomine non tenetur, quia in potestate eum non habet.

1) Sulla *proclamatio in libertatem* - contro l'interpolazione supposta da GRADENWITZ, *Interpolationen* p. 101; LENEL, *Paltingen. passim* - cfr. WLASSAK, *Grünh. Z.* 19 p. 715, il quale la ritiene classica, come fase preparatoria (a cui partecipa direttamente lo schiavo) e anteriore all'*ordinatio liberalis iudicii*; SCHLOSSMANN, *ZSSr.* 13 (1892) p. 225, che sostiene una trasformazione di significato. Sulla procedura per procurare al servo un *adsertor* v. in particolare l. 1 C. Th. 4. 8 e le note di GOROFREDO.

2) Nella procedura primitiva della *l. a. sacramento in rem*, dove l'*adsertor* è un *contravindicans* di fronte al domino, il *dare vindicias secundum libertatem* doveva, secondo me, voler dire assegnare il possesso interinale a quella delle due parti che sostiene la libertà, ossia all'*adsertor*: il quale (χύρις; μέχρη δικης, come lo chiama DION. HAL. 11. 30) naturalmente avrà lasciato - sotto la responsabilità sua e dei garanti - che il servo stesse come libero. Responsabilità che poteva essere esclusa o cessare (col meccanismo dell'*exc. doli o in factum*) se il servo già si trovasse '*in libertate voluntate domini*' e se, *post ordinatum lib. iud.*, il *dominus* lo trattasse come tale: cfr. l. 24 § 3 D. 40. 12 e WLASSAK, in *ZSSr.* 1905 p. 393 sg. Per gli effetti di questa quasi-libertà e i suoi limiti v. BUCKLAND, *op. cit.* p. 662 sg. Credo che tutto il tema del *liberalis iudicium* meriterebbe di essere ripreso in esame.

3) Solo dopo la soppressione dell'*adsertor* può dirsi veramente, sia dal lato processuale sia dal lato propriamente possessorio, che il *servus* che fa valere la sua libertà è '*libert loco*'.

4. 14. 3.

Quotiens numerus servorum propter legem Fufiam Caniniam ineundus est, fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur, computandi sunt.

L'inciso relativo al possesso ha, in entrambi i testi, il carattere di un'avvertenza incidentale, quasi per richiamare un principio pacifico e notorio: necessario non era nè nel primo, dove si dà importanza non al '*possidere*' ma all' '*habere in potestate*', nè nel secondo, dove non si sarebbe neppure dovuto dubitare che il fuggitivo si computa, giacchè i limiti della *lex Fufia Caninia* riguardano le manomissioni e quindi i servi di cui si ha il dominio, non il semplice possesso ¹⁾.

Ma non credo molto probabile nè un'interpolazione visigota nè - ipotesi sempre più arrischiata - un'alterazione anteriore, riferibile per esempio all'ipotetico compilatore postclassico delle *Sententiae*: tanto più che la massima - riferita come pacifica - dovrebbe risalire ad ogni modo alquanto addietro e ci riporterebbe non molto lontani dell'epoca di PAOLO. Il quale del resto ha per la dottrina dell'*animus possidendi* una così spiccata simpatia, che non fa meraviglia che, in mezzo alle molte applicazioni normali, una se ne trovi che ha un carattere anormale.

L'anomalia è evidente. L'*animus* che qui PAOLO invoca non è infatti - come è di regola - l'elemento integratore della signoria di fatto realmente esistente, ossia la volontà cosciente di esercitare questa signoria: e non è neppure - come nell'applicazione più ardita, il possesso di fondi occupati *clam* - la credenza di avere ancora la disponibilità delle cose e di poterla quando si voglia esercitare: bensì è la volontà di conservare il possesso e - se si vuole aggiungere - di far di tutto per recuperarlo: una volontà pura e semplice, disgiunta sia dalla possibilità attuale di realizzarla, giacchè lo schiavo è fuggito, sia dalla ignoranza del sopraggiunto impedimento, perchè, ripeto, nessuna decisione presuppone che il domino ignori la fuga.

¹⁾ CUIACIO, *Opp.* 5. 700, giustifica il richiamo in quanto il fuggitivo si possiede *ad usucaptionem* e quindi il dominio può acquistarsene: ma in tal caso era da dar rilievo non tanto al fatto che il servo è in fuga quanto a quello che non è ancora di nostra proprietà: circostanza che non è per nulla implicita nella prima.

Dal punto di vista della pura logica del possesso, questa 'volontà' non dovrebbe contar nulla, dal momento che di fatto il servo si è messo in condizione d'esser completamente fuori dalla sfera d'azione del suo padrone: e infatti, come s'è visto, quei giureconsulti che cercavano di giustificare come mai - per urgenti opportunità pratiche - si riteneva continuato il possesso, si aiutavano con ragionamenti di altro genere. In questo caso veramente si deve ammettere collo JHERING che PAOLO è il primo a servirsi dell'*animus possidendi*, e non soltanto come concetto sistematico, ma come elemento costruttivo.

La constatazione è preziosa perchè di questo elemento, con questo suo specifico atteggiamento, abusarono i compilatori, portandolo ad applicazioni pratiche più larghe e ancora più anormali. Nel caso del *servus fugitivus* la incertezza in cui si erano trovati i giureconsulti può essere di scusa a PAOLO per aver tentato questa via nuova: dopo tutto egli non fa che giustificare in modo nuovo e definitivo¹⁾ un risultato a cui con spiegazioni diverse, o senza preoccuparsi di spiegazioni, era già arrivata buona parte della giurisprudenza. Ma PAOLO stesso era ben lontano dal poter immaginare quale fortuna avrebbe avuto il criterio nuovo da lui introdotto e come esso, nelle sue ulteriori applicazioni, avrebbe rivoluzionato - se l'espressione è lecita - tutta la dottrina del possesso, influenzando direttamente in molti punti il regime positivo.

¹⁾ Nel sistema giustiniano le discussioni e le opinioni divergenti registrate nel Digesto hanno mero valore storico, giacchè non è dubbio che il servo fuggitivo (come anche quello in pendenza del *liberate iudicium*) si possiede sempre *animo*, e quindi se ne continua l'usucapione e si acquista il possesso per mezzo suo; così riassumono i Basilici la l. 1 § 14 D. 41. 2, eliminando ogni traccia della controversia e del carattere eccezionale attribuito alla continuazione dell'usucapione (B. 50. 2. 1 Hb. 5. 47): τὸν φυγάδα μου δοῦλον, εἰ μηδὲς κατέσχε, καὶ ἔχειν δοκῶ, καὶ νέμωμαι δι' αὐτοῦ, καὶ διὰ χρόνιάς νομῆς δεσπόζω. E la giustificazione è sempre la continuazione del possesso *animo*. La massima negativa della l. 15 D. 6. 2 è travisata, in B. 15. 2. 15 (ZACHARIAE, *Suppl.* p. 48), secondo quest'ordine d'idee (εἰ καὶ τῆς νομῆς... σωματικῶς οὐκ ἐπελαβόμεν...): e lo sch. 33 STEPH.: φυσικῶς δηλονότι: giacchè (*animo*, sottintende) il possesso si acquista e si usucapisce. Sul rapporto fra il testo del Digesto e quello dei Basilici cfr. APPLETON, *Propr. prêt.* 1 p. 139 sg., il quale vede nella l. 15 un caso eccezionale di Publiciana senza *traditio*, che i bizantini tendono a generalizzare.

CAPO IV.

Sommario. — 1. Il dogma dell'*animus possidendi* e della conservazione *solo animo* nella dottrina bizantina. — 2. Le applicazioni nuove. A) Il possesso dell'assente. I concetti classici. — 3. La tendenza postclassica a tutelare meglio l'assente. — 4. La c. 11 C. 8. 4 e i suoi presupposti. — 5. B) Il possesso del *captivus*. — 6. C) Il possesso tenuto per intermediario. Le varie ipotesi. — 7. La l. 12 C. 7. 32 e i testi classici relativi. — 8. Portata e presupposti della riforma di Giustiniano.

1. L'autonomia dell'*animus possidendi*, e, per conseguenza, la sua posizione preminente nella dottrina del possesso, data da PAOLO: da allora in poi essa rimane il perno di tutta quanta la evoluzione subita dall'istituto. La stessa spiccata simpatia mostrata dai compilatori giustinianeî per PAOLO in tema di possesso basterebbe a persuaderci che essi hanno fatto propria la dottrina paolina in ciò che essa ha di più caratteristico: ma essi non vi si sono fermati.

Non solo essi hanno accettato il dogma dell'*animus* nella dottrina generale del possesso e in quella dell'acquisto, della conservazione e della perdita, ma non hanno trascurato le occasioni di ribadirla, di insistervi, di ricordarla anche dove il testo classico ne taceva, di portarla a nuove applicazioni. Già nei capitoli precedenti si è avuto occasione di trovare dei testi in cui l'antitesi tra elemento corporale e elemento intenzionale nel possesso è dovuta ai compilatori, come nella l. 15 § 4 D. 43. 26 (*quia possideat corpore... quia non discesserit animo*); l. 29 D. 41. 2 (*non ut animo sed ut corpore desinat possidere*); l. 19 § 1 D. h. t. (*et corpore et animo possessioni incumbens*); e forse anche l. 27 D. 41. 2 (*quia furiosus non potest desinere animo possidere*)¹⁾.

Sempre la medesima simpatia ha indotto i giustinianeî a dare alla nota formola di PAOLO sulla perdita del possesso (l. 8 D. h. t. = l. 153 D. 50. 17) una importanza e una portata generale a cui lo stesso PAOLO verisimilmente non pensava: mentre d'altra parte, con poca coerenza ma colla solita preferenza per l'elemento dell'*animus*, essi mirano ad ammettere la perdita *solo animo* (3 § 6 D. h. t.).

¹⁾ V. anche i tre testi che esaminiamo al c. 5 § 6, in cui si parla di '*corporalis possessio*' con antitesi implicita all'elemento dell'*animus*.

È in particolare la formola della conservazione *solo animo* quella che attira le simpatie bizantine. Nelle sue Istituzioni GAIO mostra ancora una mal celata riluttanza ad ammettere la regola che era stata introdotta dalla scuola avversa e che aveva già incontrato tanto favore: i redattori delle Istituzioni imperiali hanno avuto cura di eliminare ogni traccia d'esitazione.

GAI. 4. 153. Quin etiam plerumque animo quoque retineri possessionem placet... I. 4. 15. 5. Quia etiam animo quoque retineri possessionem placet...

La Parafrasi di TEOFILO insiste nella massima con espressioni che meritano di essere rilevate:

THEOPH. 4. 15. 5. Ψυχῇ δὲ δύναται τις παρακατέχειν νομὴν, εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ μῆτε αὐτὸς μῆτε ὀνόματι αὐτοῦ ἐστὶ τις ἐν κατοχῇ τοῦ πράγματος, ἀλλὰ κατέλιπε τὸ πρᾶγμα οὐ ψυχῇ καταφρονοῦντος ἀλλ' ἐν ἐλπίδι τοῦ μετὰ ταῦτα ὑποστρέφειν εἰς αὐτό καὶ οὕτω δοκεῖ παρακατέχειν τὴν νομὴν. Τοῦτο δὲ γίνεται ἐπὶ ἀγρῶν ἢ προαστείων· καταλιμπάνομεν γὰρ ταῦτα ὥρᾳ χειμῶνος, ἐπὶ τὸ ἀνεπιτήδειον τῆς οἰκήσεως, ἐλπίζοντες καιροῦ καλοῦντος τοὺς αὐτοὺς καταλήψεσθαι τόπους.

[trad. FERRINI p. 479: Animo autem potest quis possessionem retinere, licet neque ipse, neque nomine eius alius rem teneat, eamque non animo derelinquentis deseruerit, sed ea mente ¹⁾, ut rursus ad eam revertatur; nam et ita videtur possessionem retinere. Id vero accedit in fundis et praediis suburbanis; ea enim hiberniali tempore relinquimus propter incommoda habitationis, ea tamen mente, ut, cum tempus invitaverit, rursus in eadem loca concedamus].

Il testo di Teofilo, parafrasando il latino, gli corrisponde nella esemplificazione, giacchè è perfettamente normale che al caso dei *saltus* si aggiunga un altro esempio, forse più adatto al pubblico a cui la parafrasi è diretta, quello delle ville suburbane: ma nella determinazione del contenuto dell' *animus* fa capolino un punto di vista che non è affatto quello classico bensì quello che, apparso in via eccezionale in PAOLO, diventa poi il favorito. La ragione per cui dei *saltus* e delle ville si conserva il possesso è che noi ce ne siamo allontanati colla

¹⁾ Letteralmente 'in spe', e poi 'sperantes': la sfumatura di significato non è priva di valore, come noto nel testo.

speranza (ἐν ἐλπίδι... ἐλπίζοντες) di potervi ritornare. Nei due esempi concreti, questa speranza è in verità anche una ragionevole sicurezza che ha il suo fondamento obiettivo nella natura stessa e nella funzione dell'oggetto posseduto: ma se l'*animus* lo si concepisce puramente come una speranza, una fiducia, un desiderio, si viene a staccarlo completamente da ogni rapporto colla realtà.

Questo è il vizio intrinseco della formola della conservazione *solo animo*, o per meglio dire l'*arrière-pensée* con cui si giustifica la spiccata predilezione dimostrata dai bizantini per essa ¹⁾. Naturalmente non è da credere che in tutti i casi in cui i compilatori la riportano dalle fonti classiche, o ve la inseriscono esplicitamente o implicitamente per mezzo di interpolazioni ²⁾, o in cui i commentatori greci la pongono in evidenza anche dove il testo latino ne tace ³⁾, essa vada sempre concepita in questo atteggiamento intimo: ma questo atteggiamento, appunto perchè non sempre esplicito, anzi per lo più dissimulato, va con tanto maggior cura tenuto presente da chi si propone di penetrare, attraverso la scorza classica, nell'intimo del pensiero giustiniano. Io sono persuaso che precisamente questa concezione ci dà la chiave di alcune delle più caratteristiche anomalie introdotte da GIUSTINIANO nel regime positivo del possesso.

I casi che, secondo me, rispecchiano direttamente queste nuove vedute sono il possesso dell'assente, il possesso del *captivus*, il possesso tenuto per intermediario. A parte il secondo caso, dove la innovazione si insinua, più accennata che svolta, in una fugace interpolazione, negli altri due la riforma si attua in due costituzioni notissime nella dottrina per le gravi dispute sorte sulla loro portata, la l. 11 C. 8, 4 e la l. 12 C. 7, 32. Scoprire lo spirito che le domina e i presupposti dottrinali che le hanno rese possibili pare a me un risultato non meno interessante dal punto di vista storico e dogmatico che quello che si raggiunge col dimostrare la interpolazione di uno o più testi classici:

¹⁾ Cfr. anche Παίρα 39, 3 (ZACHARIAE, *Ius graeco-rom.* 1. 153); *Synopsis Minor* φ. 6 (ZACHARIAE, 2. 263); PSELLUS, *Synopsis* v. 879; HARMENOPULUS, 2. 1. 4.

²⁾ Cfr. la itp. in l. 3 § 10 D. 41. 2; la finale della l. 1 § 25 D. 43. 46; l'inciso nella l. 6 § 1 D. 41. 2.

³⁾ Cfr. p. es. l'*index* STEPHANI alla l. 21 D. 6. 1, dove il testo - che pure è di PAOLO - tace dell'*animus* (B. 15. 1. 51: *Suppl. ZACHARIAE* p. 16 η, 77): ἐπὶ τοσοῦτον γὰρ [δυνάμει] ψυχῇ φυλάττειν τὴν ἀρχαῖαν ἡμῶν ἐπὶ πράγματος νομὴν...); e di nuovo, con lievi varianti, al n. 79 *ibid.*

giacchè - a chi ben valuti la funzione delle ricerche romanistiche secondo l'indirizzo attuale - anche la scoperta concreta di una serie di interpolazioni a poco giova se non la si luneggia dal punto di vista delle tendenze nuove che l'hanno ispirata.

*
* *

2. Se c'è un tema in cui la moderna letteratura del possesso si presenti aggroviagliata e confusa è certo quello del possesso dell'assente¹⁾. Perciò qui più che altrove mi devo richiamare a quella tale *praescriptio* formulata nella introduzione, cioè alla deliberata rinuncia a richiami dottrinali che non siano strettamente indispensabili.

Nei testi per verità troviamo poco: anche perchè l'istituto dell'assenza, come tutti sanno, non fu mai per i Romani oggetto di una elaborazione specifica, e, in particolare, perchè la tutela del pretore veglia non tanto nell'impedire che l'assenza produca a carico del soggetto delle conseguenze dannose, quanto nel paralizzare queste conseguenze una volta che l'assenza sia venuta a cessare.

Certo è che, in una concezione del possesso molto primitiva e materialistica, l'insistenza del titolare sulla cosa dovrebbe essere continua, e il suo allontanamento determinerebbe la cessazione del possesso; non, si noti, per una presunta volontà di disinteressarsene, ma perchè è praticamente venuto meno l'esercizio di fatto della signoria sulla cosa. Senonchè almeno in ordine ai fondi - ed è per questi che il problema dell'assenza sorge - una così rigorosa concezione fu assai presto superata²⁾ o assai più probabilmente non ci fu mai: certo già nella prima età classica la dottrina riconosce come cosa pacifica che vi sono casi in cui si può continuare a possedere anche lontano dal fondo, giovandosi della formula della conservazione *solo animo* in

¹⁾ L'opera del KNIEP, *Vacua possessio* (Jena 1886), che si occupa con particolare ampiezza del tema, non riesce in ultima analisi a rendere perspicuo neppure il pensiero dell'autore. E già poco felice è stato - a mio avviso - il pensiero di impennare la trattazione su un concetto (*vacua possessio*) che è, in sostanza, unico, ma che nelle sue due applicazioni tipiche (possesso liberamente occupabile: possesso messo dal venditore a disposizione del compratore - ed è questo il vero uso tecnico) ha un atteggiamento assai diverso.

²⁾ Su questo punto di vista primitivo più rigido insiste il KNIEP, *op. cit.* p. 83 sg.

quelle applicazioni che abbiamo esaminato. Le quali applicazioni rendono evidenti i limiti della concezione classica: si tratta sempre d'un allontanamento transitorio, che non lascia il fondo in stato di abbandono nè quindi, secondo l'apprezzamento generale, importa una cessazione della disponibilità della cosa. Ma quando il titolare si allontani - per qualsiasi ragione - in modo definitivo o almeno indefinito, la formola della conservazione *animus* non giova più, o per meglio dire giova soltanto qualora si voglia dare all'*animus possidendi* quella assoluta autonomia che abbiamo visto caratterizzare l'estrema evoluzione, e dire che l'assente conserva il possesso perchè si è allontanato col l'*animus retinendae possessionis* o quanto meno senza l'*animus derelinquendae possessionis*.

Ma potevano i classici riconoscere efficacia in simili casi a un *animus* che, ove anche si possa positivamente dimostrarlo, non ha nessuna corrispondenza, nessuna attuazione nella realtà? Se il fondo è lasciato per mesi e per anni deserto ed incolto in modo da apparire come abbandonato, i Romani non possono a meno di riconoscere che esso non ha più possessore. E ciò non per una presunzione psicologica ma per una valutazione obbiettiva. Quando il SAVIGNY¹⁾, ammettendo che un'assenza lungamente protratta possa portare alla perdita del possesso, ricorre al concetto di una presunta rinuncia da parte del titolare, fa in realtà alla dottrina dell'*animus* un omaggio che nè è conforme alla logica dell'istituto nè è imposto dalle fonti. Che all'intenzione di chi si allontana le fonti diano importanza - e non solo in ordine alla perdita della proprietà ma anche per la perdita del possesso - è verissimo, nè penso che questo rilievo deva proprio essere costantemente il frutto di interpolazioni: ma la vera importanza che quel rilievo ha per i classici sta in ciò che, provato l'*animus derelinquendi*, il solo fatto dell'allontanamento, ossia dell'attuazione di fatto di quell'*animus*, determina immediatamente la cessazione del possesso: mentre se quell'*animus* non c'è, o non risulta, il possesso non si potrà dire perduto se non quando l'allontanamento sia, per il suo carattere e per la sua durata, socialmente incompatibile col persistere della signoria. La valutazione di fatto è, quindi, sempre l'unica decisiva, salvo che nel primo caso il fatto si presenta *ab initio* come univoco, mentre

¹⁾ *Op. cit.* p. 315.

nel secondo ha bisogno di essere interpretato. Meglio che la formola dello JHERING ¹⁾ che fa dipendere la cessazione del possesso dalla mancanza della diligenza normale da parte del titolare, preferisco per conto mio quella del GOLDSCHMIDT ²⁾, per cui, senza preoccuparsi dell'*animus* nè del grado di diligenza subbiettiva del titolare, il possesso è perduto quando la condizione di cose postasi in essere in seguito all'assenza è tale che, di fronte all'apprezzamento comune, la signoria di fatto non si può più considerare esistente ³⁾.

L'apprezzamento sociale è sempre, come è naturale, variabile in ragione della funzione economica del fondo, che può esigere una maggiore o minore regolarità o frequenza negli atti di esercizio: il testo di FRONTINO, già altrove riferito, è, anche per questo riguardo, singolarmente istruttivo ⁴⁾.

Quanto ai testi, lo spassionato esame dei pochi che interessano direttamente il problema mostra che veramente i classici riconoscono la possibilità che un possesso deva ritenersi perduto per l'abbandono di fatto dipendente dall'assenza del titolare, e non pensano affatto ad invocare la regola della conservazione *animo* fuori dei casi tipici per cui è sorta ed entro i quali si è mantenuta.

Il testo principale è un passo delle Istituzioni di GAIO, riprodotto dai compilatori sia nel Digesto sia - forse desumendolo dalla rielaborazione delle *res cotidianae* ⁵⁾ - nelle Istituzioni.

¹⁾ *Jahrb.* 9 (1868) p. 182, *Grund des Besitzesschutzes*; vi aderisce, nelle più recenti edizioni, WINDSCHEID, § 156 (tr. it. 1. 2. p. 73 sg.).

²⁾ *Festg. f. Gneist* p. 89; *Verm. Schr.* 1. 266. 273.

³⁾ Cfr. 1. 15 § 21 D. 39. 2: il presupposto a cui ULPiano subordina l'opportunità del secondo decreto è che il titolare a cui fu imposta la cautio '*pro derelicto aedes longo silentio videatur habuisse*': ossia, se non la *derelictio* tecnica - dopo la quale non sarebbe neppure necessaria la *missio ex secundo decreto* - un comportamento di fatto che dimostri che il titolare si disinteressa del possesso. Nel regime postclassico dell'*ager desertus* la perdita della proprietà è sancita dalla legge a carico del titolare che ha trascurato la coltivazione: nonostante l'espressione enfatica della l. 8 C. 11. 59 (*omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit*) la perdita del possesso era avvenuta di per sé, senza bisogno di pronuncia legislativa.

⁴⁾ Nei casi del *locus silvester*, della *silva cedua* ecc. si sconsiglia dal ricorrere ai rimedii possessorii non perchè sia difficile all'attore provare d'averli mai posseduti, ma perchè è facile all'avversario provare che la negligenza cronica del titolare - l'espressione introdotta dallo JHERING è qui applicata dal GOLDSCHMIDT, *Verm. Schr.* 1. 273 - ne ha fatto cessare il possesso.

⁵⁾ Cfr. FERRINI, *BIDR.* 13 p. 152.

GAI. 2. 50. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisei possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit = l. 37 § 1 D. 41. 3.

§ 7 I. 2. 6. Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius procedit, ut quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur.

La *possessio* in tanto può occuparsi – dice GAI¹ –, senza che si commetta violenza, in quanto è vacante: la qualifica di ‘*vacua possessio*’ non può intendersi diversamente. E il testo, spassionatamente interpretato, dice chiaramente che il possesso era già cessato al momento dell’occupazione: basta riflettere che GAI¹ pone sulla stessa linea i tre esempi da lui riferiti, e che nel secondo – il terzo nella redazione giustiniana – è evidente che il fondo, morto il titolare senza successore, è rimasto senza possessore. La corrispondenza sostanziale tra il GAI¹ veronese e le Istituzioni di GIUSTINIANO esclude ogni fondato sospetto di alterazione; in particolare l’inciso ‘*vel longo tempore afuerit*’, che al KNIER parve prima un glossema¹⁾, è ora dal medesimo considerato come gaiano²⁾: ad una alterazione giustiniana non sarebbe affatto il caso di pensare anche perchè la tendenza dei compilatori sarebbe, se mai, nel senso di favorire l’assente negando la perdita del possesso.

Che veramente GAI¹ ammetta che il possesso in casi simili è perduto prima e indipendentemente dall’occupazione, risulta da un altro rilievo. Lo scopo di GAI¹ è di escludere il carattere ‘violento’ del possesso di chi ha occupato un fondo altrui quando il domino ‘*longo tempore afuerit*’. Perchè limita il rilievo al caso di lunga assenza? Gli si sarebbe potuto obiettare che anche colui che occupa un fondo approfittando della momentanea lontananza del titolare non commette violenza all’atto dell’occupazione. È vero, potrebbe rispondere il giureconsulto:

¹⁾ *Vacua possessio* p. 23. Il pensare (*id.* p. 461) a un’elaborazione su le *res cotidianae* è ipotesi altrettanto gratuita quanto storicamente irrilevante, se della genuinità di queste ultime non si discute.

²⁾ GAI. *Instit. comm.* II § 51 (p. 18 n. 9): sarebbe pur sempre estraneo al *Grundstock* (p. 291) non questo solo inciso ma tutta quanta la trattazione relativa.

ma costui, che è occupante clandestino, diventa possessore violento al momento in cui respinge il titolare che torna, ossia proprio al momento in cui la sua posizione di possessore - e unico possessore - diventa indiscutibile¹⁾. Se invece il fondo per la lunga assenza del titolare era già divenuto vacante, ossia non era più posseduto, il possesso è acquistato in modo definitivo all'atto dell'occupazione, e come non è violento allora, così non lo diventa se per avventura il *dominus*, tornando, tenti di rientrare nel fondo e ne venga respinto: qui anzi resterà esposto all'*unde vi* il domino, se il suo tentativo di recupero ha carattere di *vis*²⁾. L'identico principio è nettamente affermato da

PAULUS l. 54 *ad Ed.*, l. 4 § 27 D. 41. 3. Item si occupaveris vacuum possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedissee.

L'antitesi netta colla decisione di LABEONE nella l. 6 § 1 D. 41. 2 dipende dal fatto che nell'un caso v'era stata violazione di possesso (*clam*, che, secondo LABEONE, si trasforma poi in *vi*), nell'altro no, perchè il possesso, al momento dell'occupazione, era vacante, ossia non c'era più un possessore. Che veramente questo e non altro significhi la *vacua possessio* anche in questo testo risulta dal precedente § 22, in cui si parla di una *possessio* divenuta *vacua* in seguito a *deiectio* non seguita dalla presa di possesso per parte dell'usurpatore: nessuno può dubitare che la *deiectio* determina cessazione del possesso.

Il KNIEP ha pertanto tutte le ragioni quando nega che il possesso dei fondi possa perdersi soltanto *vi*³⁾: non ha invece, secondo me,

¹⁾ Per conseguenza il fondo sarà *vi possessus* e quindi inusucapibile anche presso terzi. Laddove nel caso di GAIO l'usucapione è esclusa solo per l'occupante, in quanto è in mala fede: cfr. GAI. 2. 51; 38 D. 41. 3, § 7 l. 2. 6 tolti dal 2º libro delle *res cotidianae*: singolare esempio del rifacimento delle istituzioni operato da Gaio nella *res cotidianae*. All'assenza della *iusta causa*, che pure sarebbe decisiva (e che è infatti messa in evidenza nella l. 7 C. 7. 32 di DIOCLEZIANO: la *poss.* di chi entra in vacuum poss. alieni fundi è *improba* perchè non può avere *causam iustam*) GAIO non fa cenno, e veramente questo requisito, specialmente per chi ammette il cosiddetto titolo putativo, finisce per essere in certo modo assorbito dalla b. fede. In diritto giustiniano la tendenza più larga prevale e ne è prova preziosa il fatto che nei Basilici i testi della *iusta causa* sono per lo più omessi o fraintesi: cfr. B. 50. 7. 7 (6 D. 41. 7); 50. 3. 27 (27 D. 41. 3); 50. 7. 4 (4 D. 41. 7); 50. 8. 1 (1 D. 41. 9); 50. 4. 11 (11 D. 41. 4); 50. 5. 8 (4 C. 7. 29[30]): su ciò v. la mia nota in *Atti Acc. Torino* 1915 p. 873.

²⁾ Cfr. UBBELOHDE in GLUECK l. 43-44 p. 5ª, tr. it. p. 127.

³⁾ *Op. cit.* p. 463.

ragione, quando asserisce che nel caso di lunga assenza il possesso si perde *clam*, in quanto l'occupante è possessore clandestino ¹⁾).

Io per conto mio dubito assai che questa qualifica sia esatta ²⁾. Nessuno dei testi che parlano di '*clam possidere*', '*clandestina possessio*' allude all'ipotesi d'occupazione della *vacua possessio absentium*: la l. 4 § 27 D. 41. 3 di PAOLO, come esclude che il possesso sia violento quando si respinge l'assente che torna, non dice affatto che prima di tale ritorno il possesso dell'occupante fosse clandestino: a differenza, anche qui, da quanto troviamo deciso nella l. 6 § 1 D. 41. 2, dove si tratta di un fondo momentaneamente abbandonato. Lo stesso concetto di '*clam possidere*', quale risulta per esempio dalla definizione ulpianea della l. 6 pr. D. 41. 2, si applica a chi si introduce furtivamente nel fondo per prenderne possesso profittando del fatto che il titolare per il momento non è in grado di occuparsene: potrà esso ugualmente applicarsi a chi, trovando il fondo abbandonato ed incolto, vi entra e vi fa da padrone apertamente perchè sa bensì che il proprietario esiste, ma sa anche che è lontano da un pezzo e che probabilmente non lo verrà a disturbare? Quand' anche volesse ammettersi anche in questo caso la qualifica di possesso clandestino ³⁾, non ne conseguirebbe ancora l'applicazione della regola della l. 25 § 2 e, per conseguenza, la conservazione del possesso all'assente fino al suo ritorno ⁴⁾, giacchè la regola classica, che nel caso di occupazione clandestina subordina la perdita del possesso alla scienza del titolare e alla decisione che

¹⁾ *Ibid.* p. 184.

²⁾ Così, molto esplicitamente, UNTERHOLZNER, nella recensione alla 5ª ed. del 'Possesso' di SAVIGNY, in *Tübinger Krit. Z.* 4 (1828) p. 389.

³⁾ L'unico spunto potrebbe trarsi da GAI, l. 38 D. 41. 3 ove il carattere furtivo del possesso è negato in base alla sola considerazione che il *furtum fundi* non è più riconosciuto: senza di che - potrebbe dirsi - vi sarebbe il presupposto della *clandestina* occupazione. Ma questa specie di argomentazione *a contrariis* non è mai conclusiva. Di più, già al tempo di GAI, non si può più considerare come assoluta la regola originaria, che non c'è furto senza lesione di possesso. Per esempio nel caso dello *tactus mercium* è pacificamente riconosciuto il furto in quanto non c'era stata rinuncia alla proprietà, ma il possesso era perduto senza discussione.

⁴⁾ È il punto di vista del SAVIGNY, che (*op. cit.* 305 sg.) non distingue i casi d'assenza e applica sempre, per conseguenza, il criterio della l. 25 § 2. Il punto di vista del KNIEP (*Vacua poss.* p. 35) è intermedio, in quanto ammette che il possesso si perde nell'occupazione *clam*, se l'assenza è lunga, indipendentemente dalla scienza del titolare. Il vero è, secondo me, che il possesso era già cessato prima dell'occupazione.

in seguito egli prenda, è riferita ai soli casi in cui si tratti di un possesso conservato *solo animo*, non ai casi di possesso vacante. Se non che, ripeto, è precisamente solo nel caso in cui il possesso è conservato *animo* che le fonti parlano di occupazione clandestina: nel caso della *vacua possessio absentium* l'occupazione è, dal puro punto di vista possessorio, pienamente legittima, in quanto non implica nessuna lesione di possesso, perchè possesso non c'era più.

La stessa costituzione di GIUSTINIANO (11 C. 8. 4), che dovremo fra breve esaminare, dice chiaramente come stavano le cose nel diritto anteriore: l'assente che al suo ritorno trova occupato da altri il fondo su cui non aveva lasciato nessun rappresentante, non ha altro mezzo che l'esperimento della *rei vindicatio*, se sia proprietario (*domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes*), negando in modo assoluto qualunque rimedio di carattere possessorio.

Del resto, la brevità stessa dei termini in cui sono concessi dal pretore i rimedi possessorii, e la brevità anche di quelli richiesti dal diritto civile per il compimento dell'usucapione, sono già di per sé stessi indici del modo con cui i rapporti possessorii vanno valutati nel mondo romano: sono rapporti di fatto che si attuano obiettivamente in un comportamento concreto o in una serie di atti a cui una interruzione, che non sia socialmente considerata come trascurabile o come normale, toglie valore ¹⁾.

*
* *

3. Nel diritto postclassico si ravvisa una spiccata tendenza a favorire l'assente con speciali cautele che ne salvaguardino la posizione contro il rigore di alcune decadenze. Ciò dipende, credo, in parte dalla maggiore frequenza con cui il fenomeno dell'assenza si presenta per la estensione dell'impero, la frequenza dei viaggi e, più, la precaria

¹⁾ Contro la formola del SAVIGNY, per cui il possesso dura finchè sussiste la possibilità di riprodurre a piacere l'esercizio della signoria, lo JHERING richiama l'efficacia estintiva del non-uso in tema di servitù, e giustamente censura l'opinione del PUCHTA, che per conciliare in qualche modo i due punti di vista arrivava ad ammettere che il quasi-possesso della servitù può sussistere anche dopo la estinzione di essa per non uso, pur riconoscendo che non ha più nessun effetto! Cfr. JHERING, *Jarbb.* 9 (1833) p. 150 sg.; *Ueber dem Grund des Besitzeschutzes*, 173 sg.

e turbolenta condizione di alcune regioni: in parte dal meno vivo tecnicismo giuridico, per cui meno si avverte la ineluttabilità di certe decadenze, la conseguente necessità del rimedio straordinario della *restitutio*: ma più che tutto alla solita tendenza di sostituire ai rimedi speciali di carattere pretorio altri civili di portata più generale.

Anche in materia di possesso varie novità si riconnettono a questo punto di vista. La più importante è forse quella che riguarda il decorso dell'usucapione e della *longi temporis praescriptio*. In antitesi all'opinione dominante, per cui, mentre l'usucapione corre anche contro gli assenti, salva la eventuale *restitutio in integrum*¹⁾, invece la *longi temporis praescriptio* è sospesa, io credo di aver dimostrato, attraverso l'interpolazione del testo fondamentale, c. 4 C. 7. 35 di DIOCLEZIANO²⁾, che in diritto classico anche per la *l. t. p.* si provvede col rimedio della *restitutio*: soltanto GIUSTINIANO vuole che la *l. t. p.* — e l'*usucapio* che da lui le è assimilata — rimanga contro gli assenti sospesa. Riforma che ha il suo perfetto riscontro nel caso dei minori, che GIUSTINIANO³⁾ giustifica espressamente col dire che '*melius est intacta iura servari... quam remedium quaerere*' e che si ispira alla tendenza consueta di fondere il rimedio civile col rimedio pretorio, adottando in pratica il regime più spiccio e più completo⁴⁾. Osservo subito, peraltro, che questa importante innovazione non risulta nell'ambito di quella trasformazione

1) *Ex generali clausula*: cfr. GLUECK 4. 6, tr. LANDUCCI, p. 239, n. a; SAVIGNY *System* § 325 (VII. 166); VANGEROW § 188 (I. 325); WINDSCHEID § 119 (tr. it. I. 1. 467); LENEL *EP.*² p. 117.

2) V. *Atti Acc. Torino* 1915, p. 867.

3) L. 5 C. 2. 41.

4) Cfr. ora le osservazioni di RICCOBONO, *Dal diritto rom. class. al d. moderno* p. 473, in attesa del più largo svolgimento da lui promesso. Un notevole passo della *Πείρα* di Eustazio (ZACHARIAE, *Ius graeco-rom.* I. p. 24), tit. 8 § 14, sembra accennare a una particolare ragione di favore non solo quanto alla perdita ma anche quanto all'acquisto del possesso, espressamente limitato agli assenti *rei publicae causa* o per cause non volontarie: ὅτι ἐκείνος λέγεται ἀπείναι διὰ πρᾶγμα δημόσιον ὁ πεμφθεὶς ἐπὶ πρεσβεΐᾳ ἢ ἐπὶ τὸ κτίσαι κάστρον ἢ ἐπὶ τοῖς ὁμοίαις. Ὁ δὲ κριτὴς καὶ οἱ διοικηταὶ καὶ οἱ στρατηγοὶ καὶ οἱ τὰς τοῦ δημοσίου ἐγκειρισμένοι δουλείας οὐ δοκοῦσιν ἀπείναι διὰ δημόσιον, οὐδ' ὠφελοῦνται εἰς τὸ κτήσασθαι νομὴν ἢ ἀπολέσαι, διότι ποντες αἴλοντες ταῦτα τὰς ὑπηρεχομένους παρέχοντες καὶ τινα. Cfr. anche lo scolio in ARMENOPULO I. 3. 67 (ed. HEIMBACH p. 70 sg.). A che cosa alluda Eustazio non saprei dire: forse a qualche ulteriore riforma della legislazione pregiustiniana. Se veramente si tratta di render possibile l'acquisto ad assenti in quanto non possono ricevere la *traditio*, bisognerebbe supporre un'applicazione dell'acquisto *animo*.

generale che io mi sono proposto di illustrare: sia perchè la *longi temporis praescriptio* - in ordine a cui la riforma è espressamente introdotta - non è come tale un istituto strettamente possessorio, sia perchè non si tratta di disporre che la prescrizione non possa cominciare a decorrere contro l'assente, quasi fingendo che egli continui a possedere, ma anche di impedire che continui, col sopravvenire dell'assenza, quella normalmente incominciata, dove nessuno potrebbe pensare a fingere che rinasca nell'assente un possesso già prima perduto.

Quanto alla difesa possessoria due sono le costituzioni principali, una di COSTANTINO e una di GIUSTINIANO, il punto di partenza e quello d'arrivo della legislazione nuova. Nella l. 1 C. Th. 4. 22 = 1 C. 8. 5 (a. 326) COSTANTINO si propone esplicitamente di tutelare il possesso dell'assente '*quolibet pacto [modo Iust.]*' sempre però nel caso che il titolare abbia lasciato qualcuno che lo rappresenti (*quam propinquus vel amicus quolibet titulo retinebat* Th.: GIUSTINIANO amplia l'elenco), possedendo *absentium nomine*¹⁾. La sua riforma ha carattere essenzialmente procedurale, in quanto dà a queste persone il diritto di far valere direttamente i rimedi possessorii o, qualora essi per negligenza e per infedeltà non vi provvedano, conserva il diritto di esperire l'interdetto al titolare quando torna²⁾. Dal punto di vista strettamente possessorio non c'è nulla di nuovo, nè nel primo caso, perchè è normale che il possesso sia conservato mediante intermediario, nè nel secondo, perchè la costituzione non finge punto conservato il possesso ma si limita a dare la possibilità di esperire la difesa *recuperatoria*.

Ben più importante è per noi la costituzione giustiniana, dalla quale risulta in modo implicito ma per me molto chiaro che cosa pensi GIUSTINIANO intorno al problema del possesso dell'assente.

*
**

4. Si tratta della famosa l. 11 C. 8. 4 (a. 532).

IMP. IUSTINIANUS IOHANNI P. P. — Cum quaerebatur inter Illyricianam advocacionem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recuperandam talem possessionem de-

¹⁾ Cfr. anche l. 4 C. Th. *eod.*, che manca in C. J.

²⁾ '*Etiam si annus excesserit*': così l'*Interpretatio*.

finiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus. Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. § 1. Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, cum talis dispositio in furti actione iamdudum veteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur. § 2. His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula.

È superfluo riferire le controversie pullulate in dottrina intorno alla portata di questa costituzione, e in particolare sul punto se il possesso da parte dell'assente dovesse già ritenersi perduto¹⁾. Per me non c'è dubbio che dal punto di vista classico il possesso fosse da considerare effettivamente perduto: lo provano all'evidenza sia le espressioni usate da GIUSTINIANO, che nega per il diritto antecedente qualsiasi rimedio *ad recuperandam talem possessionem* dandosi soltanto l'*actio in rem*, mentre se il possesso fosse durato l'applicazione della regola della l. 25 § 2 D. 41. 2 avrebbe tenuta aperta la via ai rimedi sommarii fino al ritorno del titolare; sia il richiamo fatto, nell'inizio del testo, alla mancanza di una *iudicialis sententia*, alludendo a quella procedura, disciplinata da editti di prefetti del pretorio²⁾,

¹⁾ V. larghe indicazioni in WINDSCHEID § 160 (tr. it. 1. 2. 86 n. 1), il quale ammette col SAVIGNY che il possesso fosse perduto, e in RANDA, *op. cit.* § 7 a p. 132 sg., il quale invece ammette collo JHERING (*Jahrb.* 9 (1863) p. 99 sg.: *Grund des Besitzeschutzes* p. 120 sg.) un possesso non esercitato ma esistente: v. anche KNIEP, *Vacua possessio*, p. 465; UBBELOHDE, in GLUECK l. 43-41 § 1854 tr. it., 561, che parla di conservazione *animo*. Le polemiche risalgono ai glossatori; cfr. HAENEL, *Diss. dominorum* p. 490: UGO - confutato da ACCURSIO - arrivava a distinguere tra *possessio vacans* (*nec animo nec corpore*) e *possessio vacua* (*solo animo*).

²⁾ Vedine alcuni in ZACHARIAE, *Ἀνέκδοτα* v. 3 p. 270 n. XII; p. 276 n. XXI. Tutto il regime relativo non ha carattere possessorio, come non lo ha quello dell'*ager desertus*.

la quale regola nel basso impero l'immissione nella *vacua possessio absentium* e il cui presupposto è sempre che si tratti di fondi effettivamente vacanti.

Della assoluta deficienza di rimedi possessorii in questa ipotesi si preoccupa l'imperatore - la cui attenzione è stata richiamata da casi, a quanto sembra non infrequenti, avvenuti nell'Illirico - e, modificando espressamente il regime classico, dispone che l'occupante sia considerato come predone, e tenuto per conseguenza coll'*interdictum unde vi*. Questo interdetto veramente non è menzionato ¹⁾, ma non ad altro può alludere l'accento alla *generalis iurisdictio* stabilita contro i *praedones* dalle *veteres leges* per la restituzione del possesso: e le fonti bizantine confermano questo riferimento ²⁾. A noi non è difficile ora vedere quali siano i presupposti concettuali a cui la riforma si ispira. Se l'occupante è tenuto coll'*unde vi*, vuol dire che si considera come violenza il fatto dell'occupazione: e ciò, a parte il passare sopra alla necessità di una materiale *deiectio* ³⁾, presuppone necessariamente che il possesso dell'assente si consideri come esistente fino al momento dell'occupazione, e, poichè di fatto la realizzazione del possesso era cessata da un pezzo ⁴⁾, non resta che ricorrere al concetto della conservazione *solo animo* ⁵⁾. La formola esplicita nel testo non c'è, ma vi è così chiaramente sottintesa che gli interpreti bizantini non hanno durato fatica a porla in evidenza. Disgraziatamente i Basilici non ci hanno conservato scolii a questa legge, e nulla i frammenti veronesi editi dallo ZACHARIAE ⁶⁾. Nel XII-XIII secolo TEODORO BALSAMONE, nello

¹⁾ E infatti contesta il riferimento RUFFINI, *Actio spolii* p. 44 n. 1.

²⁾ Nei Basilici (50. 3. 59: Hb. 5. 63) τῷ γενικῷ παραγγέλματι, il vocabolo tecnico per l'interdetto. BALSAMONE, nello scolio citato nel testo, specifica che qui si è tenuti τῷ περὶ βίας παραγγέλματι. Più genericamente lo STEFANO (*Breve Codicis* l. VIII, ad h. l., in *App. Eclogae* XVI, in ZACHARIAE, *Ἀνέκδ.* p. 188) parla di γενικῇ δικαιολογίᾳ.

³⁾ Come avverte l'AGIOTEODORITA nello scolio in Hb. 5. 475 (B. 60. 12. 25 sch. 3, a l. 25 § 2 D. 47 2): οἶμαι δὲ... ὅτι καὶ βίας μὴ γενομένης κινεῖται τὸ οὐδὲ βί.

⁴⁾ Si pensi che GIUSTINIANO sente il bisogno (§ 2) di riservare l'applicazione della prescrizione trentennale.

⁵⁾ Attraverso a questa concezione si capisce come i bizantini possano bene considerare in questo caso il possesso come 'clandestino'. Questo ampliamento della nozione del vizio di clandestinità era già stato avvertito dal NABER, *Obs.* n. 69, *De clandest. poss. recuperanda*, in *Mnemosyne* 24 (1896) p. 170, in base specialmente a taluni Editti dei *pr. praetorio* (n. 2, 12, 29, 33 c. 1) editi negli *Ἀνέκδοτα* di ZACHARIAE.

⁶⁾ In *Z. für gesch. Rechtswiss.* vol. 15.

scolio da me altra volta illustrato, impernia precisamente su questo concetto l'antitesi tra beni vacanti (σχολάζοντα) e beni derelitti (ἀπρονόητα). Dei beni vacanti, quale è appunto il caso della l. 11 C. 8. 4, da lui testualmente richiamato, si è perduta la disponibilità materiale ma non l'*animus possidendi*, e quindi il possesso persiste *animo*, mentre delle cose derelitte, concorrendo anche l'elemento dell'*animus derelinquendi*, il possesso può dirsi perduto.

Σχολάζοντας δὲ καὶ ἀπρονοήτου μεγάλης διαφορά. Τὸ μὲν γὰρ σχολάζον ψυχῇ νεμόμεθα, κἄν φυσικῶς αὐτὸν οὐ κατέχομεν· τὸ δὲ προδερελικτον οὐδὲ νομίμως οὐδὲ φυσικῶς κατέχομεν...¹⁾.

Questa concezione, che ci è testualmente documentata solo assai tardi²⁾, è però già quella a cui obbedivano i redattori della costituzione imperiale, era al tempo stesso consentita ed imposta dal nuovo valore che, proseguendo sulla direttiva aperta già da PAOLO, si era finito a dare al requisito dell'*animus* nella dottrina del possesso. Se questo oramai può non essere più la 'coscienza' e neppure la 'credenza' di possedere, ma la 'volontà' di possedere o di non perdere il possesso, è chiaro che nel caso d'assenza — che come tale non può legittimare la presunzione di un *animus derelinquendi* — il possesso sarà perduto *corpore*, ma *animo* dovrà ritenersi indefinitamente conservato. Solo la nuova concezione e l'importanza decisiva attribuita all'*animus* in tema di conservazione e perdita del possesso spiega il modo veramente singolare con cui il tardo commentatore bizantino ha impostato l'antitesi tra beni vacanti e beni derelitti. Dal punto di vista romano la cessazione del possesso era indiscutibile in entrambi i casi: senonchè nel primo caso solo il possesso cessa, per il venir meno — in modo permanente quale che ne sia la ragione — della possibilità di realizzarlo; nel secondo caso cessa col possesso anche la proprietà (a parte la nota controversia sul momento in cui ciò avvenga), in quanto concorre l'*animus derelinquendi*. I bizantini non possono più appagarsi di un'antitesi così formulata. Per loro il possesso non si perde dall'assente se

¹⁾ V. MIGNE, *Patr. graeca* 10. 1036 (nelle opere di GREGORIO TAUMATURGO col commento di BALSAMONE); 133. 517 (nelle opere di BALSAMONE).

²⁾ BALSAMONE, se dobbiamo credere all'avvertimento del suo quasi contemporaneo DEMETRIO COMAZIANO (ed. PITRA in *Anal. sacra* v. 7 p. 675) si discostava non di rado dall'insegnamento dei suoi contemporanei: ma qui non pare si potessero avere divergenze apprezzabili.

non in quanto cessi da parte sua l'*animus*, ossia la volontà, di possedere: e allora come distinguere questo caso dalla *derelictio*, caratterizzata appunto dall'*animus derelinquendi*? Essi devono per forza arrivare alla conclusione che solo se c'è *animus derelinquendi* il possesso è perduto ¹⁾ - se manca, il possesso è perduto *corpore* ma *animo* si conserva.

Si capisce ora perfettamente quanto sia giustificato l'imbarazzo generato da questa legge nella dottrina, e come fosse necessariamente irreducibile l'antagonismo tra coloro che ammettevano la perdita del possesso e quelli che ne ammettevano la conservazione. Avevano ragione entrambe le correnti, rappresentando l'una la mentalità classica, l'altra quella giustinianea ²⁾.

*
* *

5. Il caso del possesso del *captivus* ha una portata pratica assai più limitata, ma è un'applicazione anche più tipica e più esagerata delle medesime tendenze.

Un classico non poteva avere nessun dubbio in proposito: il prigioniero di guerra perde il possesso perchè vien meno per lui ogni possibilità di realizzarlo di fatto, anche a voler prescindere dall'altra ragione d'indole più generale che è la sua incapacità ad essere titolare di rapporti giuridici di ogni natura, per lo stato di servitù in cui

¹⁾ Per le considerazioni anche più strane in ordine alla proprietà v. la mia nota citata in *Atti Acc. Torino* 1915 p. 370 sg.

²⁾ Come sempre, questa seconda corrente, meno logica ma più conforme alle esigenze pratiche e al pensiero del legislatore, è autorevolmente rappresentata soprattutto nel diritto comune, già a partir dalla glossa, nonostante le critiche - logicamente inoppugnabili - di AZONE (*Summa C. 7. 32: v. RICCOBONO, St. per Chironi* 1, p. 407), Il MENOCHIO *De adip. retin. et recup. poss.* p. 413 (Venezia 1618), con UGO e con BARTOLO, nota che qui l'assente possiede ancora *civiltiter*, che è per lui sinonimo di *p. soto animo* (v. al c. 5^o 57): vedi anche DONELLO (*Opp.* v. 9 p. 953 sg., ed. Macerata 1832) il cui richiamo alla l. 6 § 1 D. 41. 2 è altrettanto naturale dal punto di vista giustiniano quanto inesatto da quello classico. E si capisce perfettamente come abbiano buon giuoco con questa legge 11 C. 8. 4 quanti cercano di negare al possesso il carattere di signoria di fatto (v. p. es. le larghe citazioni da BEKKER, BÄHR, STINTZING e altri in ROHDE, *Studien im Besitzrecht* VII p. 13, il quale dal canto suo ammette che qui il possesso è bensì una signoria di fatto ma poggiata su elementi morali!). Il vero è che solo chiarendo lo sviluppo storico si possono mettere le cose a posto.

è caduto ¹⁾. E la natura di fatto del possesso fa sì che neppure *iure postliminii* esso possa essere ripristinato ²⁾.

Dire che il *captivus* ha perduto solo la *possessio corpore* ma non l'*animus*, e che per questo continua a possedere, è qualche cosa di talmente erroneo che i compilatori stessi hanno avuto ritegno a proclamarlo apertamente. Eppure c'è nella compilazione almeno un testo in cui quel concetto si è insinuato di straforo.

L. 23 § 1 D. 41. 2, IAVOLENUS l. 1 *epistularum*. In his qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius sit: [corporaliter] tamen possessionem amittunt; neque enim possunt videri aliquid possidere cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.

In realtà il testo non si sottrae ad una interpretazione ragionevole: GIAVOLENO potrebbe bene aver scritto che il possesso si perde in quanto è una *res facti*, o *corporalis* ³⁾; e anche l'avverbio *corporaliter*, riferito al possesso, non sarebbe di per sé incriminabile, per quanto non possa a meno di rilevare che nei passi del Digesto in cui ricorre esso è per lo meno superfluo ⁴⁾. Ma a scoprire l'*arrière-pensée* dei compilatori ci guidano anche questa volta i bizantini, i quali senza tanti scrupoli mettono i puntini sugli *i*. Il '*corporaliter*' non vuol dire, per loro, che il possesso è perduto 'di fatto' o 'perchè è una *res facti*',

¹⁾ La ragione che non può possedere chi è posseduto da altri (l. 23 § 1 D. 41. 2) pare insitica a SERTORIO, *Lo ius postliminii ed i suoi effetti*, p. 75 n. 1. A me non pare: essa è parallela alla giustificazione tradizionale data alla *possessio per servum*.

²⁾ Cfr. 12 § 2 itp., 29 D. 49. 15; 19 D. 4. 6. itp.; 118 D. 50. 17; 15 pr. D. 41. 3 itp.

³⁾ In questo senso v. infatti p. es. RICCOBONO, in *St. per Chironi* 1 p. 400.

⁴⁾ Nella l. 24 D. h. t. il '*corporaliter*' anticipa l'antitesi tra '*civiliter* possidere' e '*naturaliter* tamen' che è interpolata (RICCOBONO, *ZSSl.* 1918. 356); nella l. 1 § 15 D. 41. 2; 4 § 13 D. 41. 3; 79 D. 46. 3 l'avverbio potrebbe senza danno levarsi; se interpolato, essa rispecchia la costante tendenza dei compilatori di dar risalto, secondo i casi, ora all'uno ora all'altro dei due elementi del possesso. V. però anche PAUL. *Sent.* 5. 12. 1. Nel primo dei tre testi citati, il *corporaliter* può anche alludere alla diversità tra la costituzione del pegno vero e proprio, con trasferimento di possesso, e il caso del *pignus generale*. Si noti però che dove, nella l. 3 D. 40. 1, si parlava semplicemente di *servus pignori datus*, i bizantini (B. 48. 1. 3 sch. 1, Hb. 4. 617) completano: ὁ εἰς ἐνέχυρον σωματικῶς δεδομένος οὐκ ἔστιν.

ma vuol dire che è perduto ' per ciò che riguarda l'elemento di fatto ', mentre sussiste ancora l'elemento intenzionale il quale da solo permette al possesso di sopravvivere.

B. 50. 2. 22 § 1 (Hb. 5. 51) Οἱ αἰχμαλωτισθέντες νομίμως, ἀλλ' οὐχὶ σωματικῶς τὰ οἰκεῖα νέμονται, εἰ καὶ ὑποστρέψαντες δέονται καὶ νῆς κατοχῆς ¹⁾).

Il *captivus* non possiede *corporaliter*, ma ha però sempre la *possessio* vera e propria (νόμιμος, κατὰ τοὺς νόμους), in quanto la conserva *animo soló*. Si tratta quindi, come dichiara TEODORO BALSAMONE nello scolio più volte citato, di beni vacanti (σχοлаζοντα) nel senso e colle conseguenze testè rilevate.

Una volta fatto il primo passo su una falsa strada, è difficile arrestarsi. Deformato il concetto dell'*animus possidendi* nei suoi rapporti colla *possessio corpore*, e applicato per conseguenza agli assenti la formula della conservazione del possesso *solo animo*, è potuto sembrare naturale applicarla anche ai prigionieri di guerra i quali - attenuatisi oramai i concetti classici e svanite le loro più caratteristiche applicazioni, - tendono nel diritto giustiniano e nel diritto bizantino ad essere considerati quasi un caso d'assenza specialmente qualificata ²⁾).

*
* *

6. Alla perdita del possesso per infedeltà del rappresentante si riferisce una costituzione giustiniana non meno famosa di quella che riguarda l'assente: la l. 12 C. 7. 32. Anche qui, come nell'altro caso, noi abbiamo ora il vantaggio di poter ricondurre la riforma imperiale ad un ordine di idee generale che - di fronte alla divergenza irreducibile delle opinioni degli interpreti ³⁾ - permette di scegliere con sicurezza la interpretazione più conforme al pensiero del legislatore. Questa è, anche qui, l'interpretazione più radicale, la quale, sebbene dal testo scaturisca quasi ineluttabilmente, è rifiutata da buona parte degli esegeti proprio perchè sembra troppo anormale di fronte alla

¹⁾ Cfr. Hb. 5. 51 n. m: 'εἰ in versione neglecti volens' R.!

²⁾ V. qualche cenno sull'argomento in SERTORIO, *op. cit.* p. 160. Tipica è la radicale trasformazione operata in tema di matrimonio (v. *ibid.* p. 101 n. 1 con larghe indicazioni della dottrina, che da un pezzo ha rilevato le interpolazioni).

³⁾ V. larghe indicazioni bibliografiche in SAVIGNY, p. 323 tr. fr. e RANDA § 23, p. 507 n. 2; 509 n. 7.

dottrina del possesso: messo in chiaro che le nuove vedute giustiniane si orientano proprio in quel senso, ogni scrupolo deve essere messo da parte.

Nella materia dell'acquisto e conservazione del possesso per parte di rappresentante la regola fondamentale è in diritto giustiniano quella formulata da PAOLO, che in questo caso si possiede '*animo nostro, corpore alieno*'¹⁾. È lecito dubitare se questa massima - come in genere tutte queste formulazioni generali - riproduca fedelmente il regime positivo vigente in diritto classico²⁾: è poi certo che l'applicazione di essa non è altrettanto chiara in tutte le fattispecie.

È naturale che, se il rappresentante perde la disponibilità della cosa indipendentemente da sua volontà, il possesso è perduto per il titolare senza che si abbia riguardo alla sua scienza³⁾: come, per converso, espulso il titolare dal fondo, il possesso gli rimane se il suo rappresentante vi resta⁴⁾: l'elemento della *possessio corpore* si deve valutare unicamente in rapporto al rappresentante dal momento che è lui che l'esercita per il titolare.

Alquanto più delicato è il caso della morte del rappresentante, colla quale a stretto rigore si potrebbe ritenere che il possesso del titolare venga a cessare. Ma già LABEONE ammette che, se rimane sul fondo l'erede del colono, il possesso si conserva al rappresentato (l. 60 § 1 D. 19. 2). Non bisogna dimenticare che i classici, mentre in tema di acquisto del possesso ammettono la rappresentanza assai a rilento - sono note le esitazioni per il *procurator*, i seri dubbi per il tutore e il curatore, l'origine indubbiamente compilatoria dell'acquisto *per liberam personam* -, sono invece assai larghi ad ammettere che ci si possa servire di altri come semplici strumenti per realizzare la signoria di fatto sulla cosa, e non soltanto quando esista tra il titolare e costoro un rapporto giuridico⁵⁾ ma anche se non vi si è pensato, come

¹⁾ PAUL. *Sent.* 5. 201; 3 § 12 D. *h. t.*: cfr. anche PAPINIAN. l. 44 § 2, 47 D. *h. t.*

²⁾ Alludo in particolare al caso del *procurator*, pel quale io propendo a credere che entrambi gli elementi del possesso siano da considerare in testa a lui. Il problema verrà toccato più avanti (c. 5 § 4 c).

³⁾ L. 44 § 2 D. 41. 2; 1 § 22 D. 43. 16.

⁴⁾ L. 1 § 45 D. 43. 16.

⁵⁾ *Colonus* (p. es. 1 § 7 D. 43. 19; 2 C. Th. 2. 30, 1 C. Th. 2. 31); *custos* (51 D. 41. 2); *mercenarius* (6 D. 39. 5); *tabellarius* (65 pr. D. 41. 1). Anche del *servus* ci si può valere così.

nel caso dell'amico, dell'ospite, di una persona qualsiasi ¹⁾. Ora l' '*heres coloni*', anche se per LABEONE '*colonus non est*' ²⁾, finchè rimane sul fondo pel locatore, lo sostituisce di fatto nell'esercizio del possesso. La stessa decisione dà AFRICANO nella l. 40 § 1 D. 41. 2, e se il testo, su cui torneremo, è certo guasto e forse in parte interpolato, non c'è ragione di dubitare della genuinità sostanziale della decisione per la parte che riguarda la morte, ed è normale il subordinare la decisione affermativa ai due requisiti che la cosa sia rimasta di fatto *in hereditate coloni*, non occupata dai terzi, e che il titolare non se ne sia apertamente disinteressato. POMPONIO ripete la stessa regola nella l. 25 § 1 D. *h. t.*: essa pare quindi pacifica ³⁾ ed è infatti pienamente conforme alla concezione classica, e la morte del colono non è un evento tale che nell'apprezzamento sociale faccia ritenere di colpo mutata la situazione del fondo nei rapporti col titolare: sia che l'erede del defunto resti sul fondo, sia che il locatore provveda, entro un termine normale, ad affidarne ad altri o ad assumerne lui stesso la gestione, il fondo resta manifestamente nella sfera d'azione del locatore ed a sua disposizione, che è quanto basta perchè il possesso non abbia a ritenersi perduto. — Secondo il solito è anche qui PAOLO che si richiama al criterio dell'*animus*:

l. 3 § 8 D. 41. 2. PAULUS, l. 54 *ad Ed.* Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint... *animo retinebo possessionem*:

ed è questa la giustificazione ufficiale nel sistema giustiniano.

¹⁾ L. 1 § 7-8 D. 43. 19; 9 D. 41. 2: in questo senso poté sembrar genuino al KNIPE (GAI, *Instit. Comm.* II, p. 2, 82; *Der Besitz des BGB.* p. 219) il '*per quemlibet*' della l. 53 D. 41. 1. che prima (*Vacua possessio* p. 221) ritenne interpolato in luogo di '*per procuratorem*': il testo è del resto sospetto anche per altra ragione. Sul tema v. LAST, *Fragen zur Besitzlehre* in *Jherings Jahrbücher* 62 (1913) p. 53. L'affastellamento di queste varie figure eterogenee di rappresentanti e di strumenti di conservazione è caratteristico nei testi più tardi: cfr. per es. la l. 12 C. 7. 32 (*sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius...*), e nella l. 25 § 1 D. 41. 2 l'intrusione di '*aut servos nostros*' accanto all'inquilino e al colono per la solita '*completomania*': v. anche *Ed. Theodor.* c. 121 (*conductor, procurator, colonus, servus...*): e non è forse, come si vedrà, senza ragione.

²⁾ Sul tema v. le indicazioni presso COSTA, *La locazione di cose in diritto romano*, p. 99.

³⁾ È dubbio se la stessa regola si sia applicata anche per le cose mobili: lo ritiene ALBERTARIO, *Corso cit.* p. 37, argomentando dalla l. 14 § 11 D. 47. 2. Certo per i mobili è meno facile adottare quei larghi criteri d'apprezzamento che rendono normale la decisione per i fondi: di più il regime classico dell'*utrobi* rende sempre meno gravi le conseguenze di un maggior rigore.

Analoga regola è applicata - come attestano due frammenti di POM-
PONIO ¹⁾ - al caso di pazzia del rappresentante: dove la decisione è
più facilmente spiegabile che non sia quella per il caso di pazzia del
possessore immediato.

Quanto alla infedeltà del rappresentante, essa può attuarsi in due
modi: o quando egli cominci a possedere la cosa per sè, o quando
abbandoni la cosa, lasciando aperta la via all'occupazione altrui o ad-
dirittura trasferendone ad altri il possesso ²⁾. Nella prima ipotesi il pro-
blema che interessa i giureconsulti è soprattutto quello della esistenza
o meno del furto: possibile per i fondi solo in antico e per i mobili
sempre (quando il rappresentante non sia persona *in potestate*) quan-
tunque ne siano vivamente discussi gli estremi fra le due avverse
scuole ³⁾. Ma nessun giureconsulto ha mai pensato di sostenere come
tesi generale che per fatto del rappresentante il rappresentato non
possa mai perdere il possesso: basti ricordare, come caso estremo, quello
del rappresentante che espelle il titolare dal fondo: qui c'è vera *de-
iectio*; il colono - tale è il caso che fanno le fonti ⁴⁾ - da rappresen-
tante del possesso altrui diventa possessore (violento) in nome proprio,
e il rappresentato perde il possesso. E anche nel caso di alienazione
compiuta dolosamente dal rappresentante, è ovvia la decisione di Dio-
CLEZIANO (l. 5. C. 7. 32.) che il dominio non si perde (inquisita fide
veri *dominii* tui *ius* convelli non sinet), ma per il possesso sarebbe
stata altrettanto ovvia la decisione contraria se all'alienazione avesse
tenuto dietro la *traditio* della cosa ⁵⁾.

¹⁾ 25 § 1 D. 41. 2; 31 § 3 D. 41. 3, secondo l'*inscriptio* rettificata dallo SCHUL-
TING.

²⁾ Il semplice fatto che il rappresentante trasferisca ad altri la detenzione
della cosa non nuoce al titolare (25 § 1; 30 § 6 D. *h. t.*) giacchè non c'è che uno
sdoppiamento del rapporto: Tizio subcomodatario si riconosce detentore *tuo*
nomine: tu a tua volta non hai l'*animus possidendi*, io resto possessore.

³⁾ Su ciò cfr. BAVIERA, *Le due scuole dei giurec. rom.* p. 66, e largamente
HUELIN, *op. cit.* p. 369 sg. Nella l. 20 D. *h. t.* il subordinare la perdita del pos-
sesso alla inesistenza di una *iusta et rationabilis causa non reddendi* potrebbe
sospettarsi di interpolazione: non è però illogico, giacchè in tal caso il commo-
datario, pur ricusando la restituzione, non vuol possedere per sè.

⁴⁾ L. 12. 18 D. 43. 16. Se è il *servus* che *deicit* il *dominus*, questi conserva il
possessione (l. 40 pr. D. *h. t.*) perchè il servo non può possedere per sè.

⁵⁾ In questo senso VANGEROW § 202 (1 p. 361). I Basilici invece molto netta-
mente dichiarano che τὰς τὴν νομὴν οὐ δεχόμεθα. Cfr. su questo testo SCHIR-
MER, *Ueber dem Verlust des Besitzes etc.* in *Lindes Z. NF.* 11 (1854) p. 455. Nel
caso della l. 32 § 1 D. 41. 2 il possesso resta al titolare perchè il colono continua
a pagare la mercede anche al vero locatore, mantenendosi verso di lui nella

Se infatti il rappresentante trasferisce il possesso ad altri, o se anche solo abbandona il fondo — s' intende, in modo definitivo — non c'è più nessuna realizzazione della signoria di fatto: se le fonti non contenessero qualche elemento di dubbio, nessuno esiterebbe a riconoscere che il possesso è perduto. A vero dire il testo più imbarazzante per questo gruppo di ipotesi è proprio la costituzione nella quale Giustiniano si è proposto di sciogliere le difficoltà del diritto anteriore.

*
**

7. L. 12. C. 7. 32. IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI P. P. (a. 531-532):
Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures
relatam tollentes definimus, ut, sive servus sive procurator vel co-
lonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est no-
bis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei
eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut lo-
cus aperiaturo alii eandem possessionem detinere, nihil penitus
domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum
damnum emergat, sed et ipse, si liberae condicionis est, compe-
tentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda do-
mino rei vel ei, circa quem neglegenter vel dolose versatus est.

Esistono in realtà nel Digesto due noti gruppi di testi che contengono decisioni antitetiche per il caso di abbandono del fondo da parte del rappresentante. Un esame sommario non sarà inutile:

1. 7. pr D. 41. 4, IULIANUS l. 44. *digestorum*. Qui fundum pro emptore possidebat, antequam diuturnam possessionem impleret, decessit: servi, qui in possessione relictii fuerant, discesserunt relin-

stessa posizione di prima: così ALIBRANDI, *Opp.* 1. 285, il quale anche osserva che non è detto che il compratore abbia occupato il fondo: egli locando la cosa al venditore, riterrà di essere divenuto possessore mediante il costituito possessorio.

È notevole che la *summa* conservata nei Basilici (B. 50. 2. 31, IIb. 5. 52) omette proprio l'inciso decisivo '*et utrique mercedes praestitit*': evidentemente il punto di vista bizantino è che il colono non poteva in nessun modo alienare il possesso! Nello stesso modo di fronte alla l. 5 C. 7. 32 la decisione è senz'altro riferita al possesso (B. 50. 2. 56; IIb. 5. 51): ἐὰν μισθωτὸς βούληται εἶναι δεσπότης, ὥς ἐξ ἀγορασίης τὸ πρᾶγμα, ὅπερ ἐμισθώσατο, νεμηθεὶς, ταύτην τὴν ρομὴν οὐ δεχόμεθα!

quendae eius gratia: quaesitum est an nihilo minus heredi tempus longae possessionis procedere potest. Respondit etiam discedentibus servis hoc tempus heredi procedere.

I servi hanno abbandonato il fondo, e l'inciso '*relinquendae-gratia*' sta ad attestare che si tratta di un abbandono definitivo. L'ipotesi è qui complicata dal fatto che ciò avviene di fronte a un erede, del quale non è detto se abbia o no adito, e che certo non ha preso possesso. GIULIANO decide che il tempo continua a correre per l'usucapione, ma non dice punto che il possesso perduri: anzi il dubbio sorgeva appunto perchè la cessazione del possesso era evidente e la decisione giuliana rappresenta una deroga ¹⁾, cosa del resto non rara in tema d'usucapione.

L. 40 § 1 D. 41. 2 AFRICANUS l. 7 *quaestionum*: Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est ut per colonum possessio et retineretur et contineretur (continueretur S): quo mortuo non statim dicendum est eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. Aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

A parte altri probabili guasti ²⁾, l'inciso '*aliud-discesserit*' è manifestamente fuori di posto, e si potrebbe senza sforzo pensare ad una glossa marginale passata nel testo non precisamente al posto che le sarebbe spettato. Ma sostanzialmente esso è troppo logico e in armonia colla opinione di Giuliano perchè si possa dubitarne. Quanto all'emendazione, sostenuta particolarmente dal SAVIGNY ³⁾, di '*aliud*' in '*idem*', che capovolge il valore dell'inciso senza neppur riuscire con

¹⁾ Cfr. in questo senso CUTACIO, *Opp.*-6. 317.

²⁾ Dopo '*decessisset*' è caduto un inciso (*quid iuris sit videamus?* [MO.] che giustificò il ripiegamento fatto nel secondo periodo. Il quale, affermando come ammessa *utilitatis causa* non - si noti - la conservazione in caso di morte o abbandono, ma addirittura la massima generale che si può possedere *per colonum*, rispecchia uno scrupolo che non è certo di GIUSTINIANO: non credo quindi che sia interpolato, come supponeva il KRÜGER (*Ed.* XI. *Dig. ad h. l.*: il rilievo fu soppresso nell'Ediz. XII).

³⁾ *Op. cit.* p. 325 tr. fr.

questo a rimettere il testo in ordine – giacchè il caso dell'abbandono rimane sempre intruso tra i due periodi che contemplano quello della morte –, ha contro di sè l'attestazione, che in casi simili è decisiva, dei Basilici (B. 59. 2. 40, Hb. 5. 52): ἔτερον, εἰ προαιρήσει ἀπεχώρησεν ¹⁾.

1. 31 D. 41. 2, POMPONIUS l. 32 *ad Sabinum*. Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet.

Il possesso è conservato in quanto l'allontanamento del colono ha carattere temporaneo, carattere che risulta già all'atto della partenza dal fatto che egli non ha l'intenzione '*deserendae possessionis*' e che è confermato *a posteriori* dal fatto del suo ritorno. L'argomentazione *a contrariis* è, in questo caso, evidente: se il colono se ne fosse andato mostrando, colla intenzione manifestata e col fatto, di rompere definitivamente ogni rapporto col fondo, il possesso andrebbe inevitabilmente perduto.

Il punto di vista opposto e più largo sarebbe rappresentato da altri tre testi: e mentre due di questi ci portano a un periodo più recente che non sia quello rappresentato dai precedenti, uno ci farebbe risalire assai più addietro, e legittimerebbe il dubbio che esistesse in proposito una controversia di scuola.

Il testo è di PROCULO:

1. 31 D. 4. 3, PROCULUS l. 2 *epistolarum*. Cum quis persuaserit familiae meae ut de possessione decedat, possessio quidem (non?) anittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit (si quid damni mihi accesserit?).

Non sarebbe la prima volta che PROCULO rappresenta, in tema di possesso, opinioni divergenti dalle comuni; sappiamo di quanto vada debitrice ai Procleiani la evoluzione della dottrina-possessoria; ma che l'indirizzo scientifico di PROCULO renda verosimile una sua decisione in questo senso, mi pare dubbio. Non c'è traccia nel testo della tipica formola della conservazione *animo*, e – da quanto abbiamo visto – non è in casi di questo genere che PROCULO amava applicarla: come

¹⁾ Per questo respingerei anche l'ipotesi di una deliberata interpolazione di '*aliud*' in '*idem*'.

non la invocava NERVA per il caso del servo fuggitivo, in cui si potrebbe ravvisare una qualche analogia, dandone anzi rigorosamente una soluzione negativa. Lievi ritocchi possono aver capovolto il contenuto del frammento. Se si sopprime il 'non' davanti ad 'amittitur' non solo l'antitesi *quidem ... sed* corre più limpida, ma diventa più naturale la menzione dello *iudicium de dolo malo*: se il possesso è perduto e - non trattandosi di occupazione violenta - non c'è nessun rimedio possessorio, può ben essere il caso di ricorrere al rimedio estremo e sussidiario dell'*a. doli*. Ammettendo invece che il possesso si conservi, e che quindi per l'eventuale lesione possa spettare l'*uti possidetis*, l'*a. doli* non serve che per il risarcimento di danni eventuali indiretti, e questo nuovo riferimento può aver reso necessario il brutto e generico inciso finale ¹⁾. Anche l'espressione '*de possessione decedere*' trova la sua interpretazione più normale nel senso di 'abbandonare il possesso del fondo', mentre di fronte alla decisione negativa converrebbe dare a *possessio* il senso materiale di 'fondo' che è forse più conforme all'uso postclassico che non a quello del primo secolo dell'impero ²⁾.

Chechè ne sia di questo testo - io avanzo l'ipotesi di interpolazione in modo dubitativo - gli altri due ci portano allo scorcio dell'età classica, e precisamente ai due giuristi dai quali è data più larga applicazione al concetto dell'*animus possidendi*, PAPINIANO e PAOLO.

l. 44 § 2 D. 41. 2, PAPINIANUS l. 23 *quaestionum* ... eius vero quod servi vel etiam coloni corpore possidentur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuerit, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

¹⁾ Già il PERNICE, *Labeo* 2. I, p. 229 n. 5, rilevava la singolarità dell'uso di *accedere* in luogo di *accidere*, in dipendenza del greco *συμβαίνειν*. - Si noti che di questa legge si è valsa assai la dottrina del diritto comune: cfr. FABRO, *Ration.* l. 557, ove si criticano ACCURSIO, BARTOLO ed altri che danno l'*a. doli* 'ad damna et interesse' anche in casi in cui '*alia competit actio ad rem principalem*'. E quante volte gli spunti più preziosi per il diritto comune sono proprio gli incisi interpolati!

²⁾ Nel linguaggio extragiuridico questo uso non è raro anche nei migliori classici: e forse come reazione ad esso va intesa la nota definizione di ELIO GALLO (in FESTO s. v. *possessio* p. 233 M.; 292 T.; 260 L.) *possessio est... usus... agri vel aedificii, non ipse fundus aut ager*.

In questa seconda parte del testo, in cui si fa l'antitesi tra possesso tenuto direttamente e possesso tenuto per intermediario, non vedo ragioni di sospetto¹⁾, ed essa esclude che basti nel secondo caso a far perdere il possesso il fatto che il colono o il servo si allontanino '*eo animo ne possideant*'²⁾: occorre che altri entri nel fondo. Che vi entri d'accordo col rappresentante o invece lo scacci colla forza, non importa, come non importa la scienza del titolare: ciò che importa è che al rappresentante si sostituisca nell'esercizio della signoria sul fondo un altro soggetto che non possiede più per il titolare ma per sè.

1.3 §§ 8-9 D. 41. 2, PAULUS l. 54 *ad Edictum*. Si quis nuntiat domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. Quod si servus vel colonus, per quem corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. § 9. Et si alii tradiderim, amitto possessionem. Nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deieci fuerimus.

Il testo è fondamentale per la dottrina di PAOLO sulla conservazione e perdita del possesso. La connessione logica dei paragrafi lascia parecchio a desiderare³⁾, e in particolare l'inciso relativo al servo e al colono è fuor di luogo tra il periodo che parla della *deiectio* (§ 8) e quello che parla della *traditio* (§ 9, prima parte), i due casi che ritornano nell'antitesi posta nel § 9 in fine tra abbandono volontario ed abbandono forzato⁴⁾: l'inciso che allude a una conservazione del pos-

¹⁾ Per la parte che precede v. RICCOBONO, *RISG.* 14 (1892) p. 359 che ritiene itp. '*si modo - possideremus*' (contra RABEL, *Grundzüge* p. 439 n. 4) BESELER, *Beiträge* 3 p. 146, per cui è itp. '*vel animo vel etiam corpore*'. La innegabile oscurità del testo è dall'ALIBRANDI (*Opp.* 1 p. 279) attribuita al laconismo papiniano.

²⁾ Che questo non basti, dipende da ciò che il servo ed il colono rappresentano nel possesso del titolare solo l'elemento corporale. Che basti l'occupazione altrui senza la scienza del titolare dipende a sua volta da ciò che qui i due elementi, dell'*animus* e della *p. corpore*, facendo capo a due soggetti diversi, vanno per necessità di cose valutati isolatamente e in modo diverso l'uno dall'altro. A ogni modo il testo non esclude che il possesso continui anche durante le brevi o normali assenze del rappresentante.

³⁾ Svariate proposte di spostamento furono fatte: v. da ultimo larghe indicazioni in RONDE *op. cit.* n. XIII p. 21.

⁴⁾ '*aut nostra voluntate discesserimus aut vi deieci fuerimus*'! È chiaro che con ciò non si esauriscono tutte le ipotesi di perdita del possesso (cfr. per

sesso *animo* starebbe meglio assai subito dopo il § 7, dove appunto si parla del possesso *animo solo*. Anche la lezione dà luogo a dubbi, perchè i manoscritti¹⁾ non danno mai la lezione fiorentina '*decesserint discesserintve*' ma o solo '*decesserint*' o solo '*discesserint*', e parecchi interpreti propendono di fatto in modo esclusivo per l'una o per l'altra delle lezioni. Se veramente Paolo avesse scritto soltanto '*decesserint*', la sua decisione - a parte la consueta riduzione al denominatore dell'*animus* - sarebbe conforme a quella di tutti gli altri giuristi: e data la singolarissima somiglianza delle due forme verbali si potrebbe senza sforzo pensare al fenomeno - paleograficamente non raro - di una duplicazione dovuta a un copista che, nel dubbio se interpretare nel manoscritto in un modo o nell'altro, ha trascritto, a buon conto, entrambe le forme²⁾.

Si rimane, peraltro, assai perplessi nell'assegnare alla decisione contenuta nella lezione fiorentina un'origine così anormale: ed anche dal pensare a un'interpolazione distoglie il rilievo che il testo concorda, sia pure con maggiore energia e assolutezza di espressione, con quello di PAPINIANO, ed è anche molto probabile che corrisponda davvero al pensiero di PAOLO. Le considerazioni che avevano indotto i giureconsulti ad ammettere la continuazione del possesso nel caso di morte del colono, entro i limiti e coi presupposti logici che abbiamo veduto, non potevano evidentemente applicarsi al caso del volontario abbandono. Ma PAOLO esplicitamente, come più implicitamente PAVINIANO³⁾, ravvisano qui un caso di conservazione del possesso *animo*:

es., dello stesso PAOLO, la l. 30 § 1 *h. t.*): e non basterebbe neppure sopprimere il '*nostra voluntate*', che al KNIFE, *Vacua possessio* p. 96, pare un'aggiunta seriore, non più un'interpolazione. Pare che PAOLO, avendo parlato di *deiectio* e di *traditio*, continui ad aver presenti solo questi due casi tipici.

¹⁾ V. SAVIGNY, *op. cit.* p. 326 n. 1.

²⁾ Cfr. la nota duplicazione, segnalata dallo SCIALOJA (*BIDR.* 13 p. 84) nella l. 22 pr. D. 39. 3 (*interd. = interdum vel interdicto!*): per più vaste correzioni sullo stesso passo cfr. PAMPALONI, *BIDR.* 22 p. 147 sg.; BAVIERA, *Scr. Giur.* 1 p. 163 sg.; BESELER, *Beitr.* 3 p. 61. Un esempio assai caratteristico mi si offre casualmente in un passo del *De gubernatione Dei* di SALVIANO (l. 6 c. 9, in MIGNÉ, *P. lat.* 53 p. 119): *pupillis et prodigis vel prodigiosis*, dov'è evidente che il copista non capiva il significato di prodigo e a buon conto ha aggiunto un altro vocabolo. L'origine dell'errore è confermata dal fatto che poco più oltre (l. 8 c. 1, p. 153) si legge, correttamente, '*pupillis vel maxime prodigis*': e difatti non è sfuggito all'annotatore (ST. BALUZIO) che indica qualche altro caso analogo.

³⁾ *Eius quod... coloni corpore possidetur.*

e considerate le cose da questo punto di vista non c'è più da far distinzione tra morte ed abbandono del rappresentante, giacchè entrambi i fatti estinguono solo il rapporto di fatto (*possessio corpore*) che si incentra nel colono o nel servo, e non toccano l'*animus*, che si incentra nel titolare. Altra prova, se pure ce ne fosse bisogno, della impossibilità di evitare applicazioni esagerate una volta che tutto il regime del possesso si voglia assidere su questa base. È superfluo osservare che il testo di PAOLO rispecchia meglio d'ogni altro l'opinione giustiniana: i Basilici anzi riassumendolo trascurano l'ipotesi della morte per accennare solo a quella dell'abbandono, su cui c'era maggior bisogno di richiamare l'attenzione¹⁾.

Una divergenza di opinioni c'era quindi nel diritto classico, e se si ammette, come a me pare probabile, che PROCULO vada collocato fra i sostenitori della tesi restrittiva, si tratta non di una vera controversia ma di una evoluzione, determinata dal progressivo affermarsi della dottrina dell'*animus possidendi*.

Ma due cose vanno qui osservate. Anzitutto nessuno di quei testi sostiene la conservazione del possesso anche se il rappresentante ha trasferito il possesso della cosa a un terzo. C'è, anzi, un testo di GIULIANO che la esclude in modo esplicito²⁾.

E neppure dicono i testi che il possesso continui se dopo l'abbandono un terzo se ne è impadronito, vi sia o no stata collusione: proprio PAPINIANO nella l. 40 § 2 lo esclude tassativamente. La con-

¹⁾ B. 50. 2. 3 (Hb. 5. 43) ἀνεχόμενον.

²⁾ L. 33 § 4 D. 41. 3, JULIANUS l. 44 *digestorum*. Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: si creditor eius possessionem alii tradiderit, interplebitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit.

È vero che l'esempio del deposito e del comodato — qui non sospetto — fatto nella seconda parte sembra alludere a cose mobili (quantunque il comodato non sia per esse esclusivo), ma nell'ipotesi del pegno non c'è da distinguere tra mobili e fondi. Di fronte alla l. 12 C. 7. 32 il testo ha potuto sopravvivere, io credo, perchè i compilatori lo riferiscono solo ai mobili: ne può essere prova il fatto che essi hanno lasciato stare la menzione dell'*usucapio*: la riforma di GIUSTINIANO invece — sebbene la costituzione non specifichi — pare limitata ai fondi: cfr. in questo senso KNIER, *Vacua possessio* p. 39.

troversia riguardava esclusivamente l'ipotesi dell'abbandono ¹⁾. E qui in verità l'ammettere che il possesso sia mantenuto per così dire in vita dal solo elemento intenzionale del titolare poteva parere a PAPI-
NIANO ed a PAOLO possibile per la considerazione che, finchè la cosa non è occupata da altri, si ha una condizione di fatto che se non è positivamente conforme all'*animus*, per lo meno non è in contraddizione con esso.

In secondo luogo va esaminato il rapporto tra tale stato delle fonti e la decisione di Giustiniano. Può ammettersi che veramente essa abbia deciso questo unico punto, e che tutto si riduca per lui a far prevalere l'opinione di PAPI-
NIANO e di PAOLO contro quella di GIU-
LIANO e di POMPONIO? Giova esaminare il testo.

*
* * *

La costituzione (l. 12 pr. Cod. 7. 32 riferita sopra) è senza data, ma dalla collocazione e dal destinatario risulta appartenere al 531 o al 532: non è quindi — secondo la dimostrazione che ne ho dato negli studi sul Codice ²⁾ — una delle *quinquaginta decisiones*, ma piuttosto una di quelle costituzioni che furono emanate durante la compilazione del Digesto, *ad commodum propositi operis*, ossia per risolvere le difficoltà che lo spoglio dei libri classici presentava via via ai commissari imperiali. La mancanza di una data precisa ci impedisce di chiarire meglio i rapporti della costituzione coi lavori della compilazione. Per parte mia, io non posso nascondere il dubbio che la difficoltà decisa non fosse — o non fosse soltanto — quella risultante dall'antinomia dei testi sopra riferiti. Ci è detto che la difficoltà si presentava nei *libri Sabiniani*, espressione che va riferita o si riferisce al commento di Ulpiano *ad Sabinum* ³⁾ o in genere ai vari commenti *ad Sabinum* o agli scritti appar-

¹⁾ Lo nega SAVIGNY, ma in base alla infondata emendazione della l. 40 § 1 *h. t.*. Una posizione intermedia occupa l'ALIBRANDI (*Opere* I. 284), per il quale la controversia avrebbe riguardato il caso del colono che parte per lasciare ad altri agio d'occupare il fondo: ma dopo l'entrata del terzo anche l'ALIBRANDI esclude che alcun classico potesse ritenere conservato il possesso.

²⁾ Parte 2^a p. 44 sg. dell'estr. dal BIDR.

³⁾ Così in l. 3 § 2 C. 6. 40. L'espressione *Libri Sabiniani* è particolarmente cara a GIUSTINIANO (17 C. 3. 33; 14 C. 3. 34), come pure la stessa designazione complessiva di *Sabiniani* per indicare gli appartenenti a quella scuola (3 C. 6. 29;.

tenenti alla massa sabiniana. Ora è ben singolare che proprio appartengano alla massa sabiniana le l. 7 pr. D. 41. 4, 40 § 1 D. 41. 2, 31 D. 41. 2, che continuano a riprodurre il punto di vista più restrittivo, senza che i compilatori si siano sentiti in dovere di introdurre le nuove vedute, mentre se c'è un testo interpolato in questo senso, è quello di PROCULO, di massa edittale, e i testi che presentano nettamente la regola preferita da GIUSTINIANO sono uno di massa edittale, uno di massa papiniana. Di più, il punto di vista di PAPINIANO e di PAOLO doveva essere già quasi pacifico nella scuola e nella pratica, che già prima di GIUSTINIANO si erano decisamente orientate verso il dogma dell'*animus possidendi*: ed io penso che se si fosse trattato solo di scegliere tra questo e il punto di vista opposto, difficilmente i compilatori sarebbero stati così scrupolosi da sentire il bisogno del parere imperiale. Forse esistevano altre difficoltà che imbarazzavano sul serio i compilatori e che poi in omaggio alle decisioni imperiali, furono così ben cancellate da non lasciarne più traccia alla curiosità degli storici. O forse - se non vogliamo senza necessità avventurarci nel campo delle ipotesi ¹⁾ - è da supporre che i compilatori abbiano voluto provocare dall'imperatore, in occasione di questo punto, una decisione non tanto per eliminare i dubbi nella limitata misura in cui esistevano nelle fonti classiche, ma per introdurre un regime di fronte al quale anche i più audaci fra i classici avrebbero indietreggiato.

§ 25 I 2. 11, mentre l'espressione manca nella corrispondente l. 7 § 7 D. 41. 1; 11 D. 41. 1, testo tutto interpolato): si ritrova però anche nella l. 11 § 3 D. 241 e in Vat. 266 (integrazione che pare sicura): nella l. 7 pr. D. 10. 4 la restituisce RICOBONO, *Dal dir. romano al d. moderno* p. 314.

¹⁾ Richiamo l'attenzione sul fatto che in tutti i testi della controversia classica si parla sempre del *servus* e del *colonus*, mai del *procurator*, mentre la decisione imperiale insiste sulla parità di trattamento 'sive *servus* sive *procurator* vel *colonus* vel *inquilinus* vel quispiam alius per quem licentia est nobis possidere'. Non potrebbe essere che non per tutti questi casi i classici si pronunciasero in modo identico? Le posizioni del *procurator*, del *servus*, del *colonus* hanno configurazione affatto propria: l'ultimo non è rappresentante ma strumento di conservazione; rappresentante è il servo solo impropriamente, più esattamente invece il *procurator*. E nonostante la generica regola di PAOLO che si possiede sempre '*animo nostro corpore alieno*', io credo che all'*animus* del *procurator* si desse dai classici un rilievo quale non ha certamente quello del *servus* (fuori della *peculiaris causa*) nè, mai, quello del colono. Del *procurator*, come del *servus* per le cose peculiari può dirsi che si comportano come padroni sulla cosa: del colono no. V. anche al c. 5 § 4 c.

Se infatti una cosa risulta chiara dalla lettura del testo, è che la sua portata va molto al di là del punto, più sopra esaminato, dell'abbandono del fondo: esso sancisce la conservazione del possesso anche se l'abbandono da parte del rappresentante fu seguito dall'occupazione da parte di un terzo, anche se il rappresentante ha direttamente trasferito il possesso ad un terzo!¹⁾ Gli scrupoli degli interpreti più restrittivi, quali il VANGEROW, il BARON, il WINDSCHEID, il KNIEP, l'ARNDTs, il MAYNZ, l'ALIBRANDI, il FERRINI devono per forza cedere, pur rimanendo un interessante documento dello sforzo di salvare ad ogni costo la logica dell'istituto²⁾. Ma la riforma giustiniana - con tutta la portata esorbitante che a ragione le riconoscono gli altri

¹⁾ 'Dereliquerit vel alii prodiderit'. Il successivo inciso 'desidia forte vel dolo' andrebbe riferito solo al 'dereliquerit' e riguarda la doppia ipotesi dell'abbandono per negligenza, dell'abbandono per collusione, allo scopo di permettere ad altri di occupare il fondo rimasto vacante. Se il rappresentante eseguisce la *traditio* dopo scaduta la rappresentanza che ve lo avrebbe autorizzato (cfr. l. 33 D. 41. 2 per il caso di morte del titolare) fu controversa l'efficacia della *traditio*: v. in senso affermativo VANGEROW l. p. 361; in senso negativo BRINZ, *Pandekten* p. 530 sgg. e in *Bekker's Jahrb.* III p. 15. Per diritto classico la prima soluzione è per me incontrovertibile: la seconda si accosterebbe forse meglio alla tendenza giustiniana, e se l'inciso finale del testo (*contra erit*) volesse intendersi in questo senso, converrebbe ritenerlo interpolato. La tesi generale del BRINZ che, riconducendo la *traditio possessionis* al concetto di *successio*, ammette che essa ha efficacia solo quando il tradente è possessoré e il negozio traslativo è valido (cfr. *Bekker's Jahrb.* 3. (1859) p. 16, *contra* WINDSCHEID § 153 (tr. it. l. 2. 57) n. 10 ripugna, per me, decisamente, ai criteri classici e va molto al di là anche dal punto di vista giustiniano. È peraltro notevole che il testo, riconosciuto anche dal WINDSCHEID come il più grave a favore del BRINZ, sia interpolato da cima a fondo (l. 11 D. 41. 1).

²⁾ Già nei glossatori è interessante seguire le oscillazioni dell'esegesi. IACOPO ammette senz'altro che il possesso è perduto, e il 'nullum praeiudicium' si riferirebbe alla proprietà: in lui la coscienza del regime classico reagisce sulla decisione giustiniana fino a paralizzarla, giacché se una cosa è certa, è che il testo si occupa esclusivamente del problema possessorio. Anche BULGARO, col consueto rigore, dice che il possesso è perduto: però, aggiunge, è come se non lo si fosse perduto, in quanto si ha l'azione per recuperarlo, e quindi 'non fit praeiudicium praesumptione iuris. Altri, come GIOVANNI, e con lui ACCURSIO, introducono una distinzione, che il testo non consente, tra le varie ipotesi: se il colono 'derelinquit vel prodiit' (ossia lascia a disposizione) il possesso, il domino lo conserva - s'intende, la *p. civilis*: se invece il colono 'deicitur vel tradit', 'dominus omnino possidere desistit, sed recuperabit per hanc legem': sicché il rimedio sarebbe ora *retinendae*, ora *recuperandae possessionis*. Come spesso, MARTINO interpreta senza esitazione il vero, per quanto radicale, pensiero del legislatore: il possesso è conservato e quindi la legge fa testo di fronte a tutte le altre.

esegeti quali il SAVIGNY; il DERNBURG, il MERNSCHEIDER, il BONFANTE, l'ALBERTARIO - ha pur essa la sua logica; essa è l'applicazione di nuove vedute che permettono, anzi addirittura impongono, di arrivare là dove un classico non sarebbe arrivato mai. La nuova concezione dell'*animus possidendi* come pura volontà di possedere o di non perdere il possesso, e la conseguente autonomia di questo requisito di fronte a quello della *possessio corpore*, specialmente quando - come qui - essi si incentrano in due soggetti diversi - permette a GIUSTINIANO di ritenere che un comportamento illecito del rappresentante - azione od omissione che sia - non può toglierci il possesso fino a che noi conserviamo l'*animus possidendi*, ossia fino a che non trasferiamo ad altri il possesso o quanto meno ci adattiamo al fatto compiuto ¹⁾. Dove va a finir la logica classica del possesso? Ma che importa a GIUSTINIANO di questa logica, se la logica nuova è diversa e se essa permette di arrivare a un risultato praticamente soddisfacente, quale è quello di salvaguardare la posizione del possesso contro la incuria o la mala fede di chi lo rappresenta? ²⁾.

¹⁾ Il rimedio è quindi, nel pensiero di Giustiniano, *retinendae possessionis (uti possidetis)*, giacchè il pensiero è rivolto ai fondi): e ciò bene fu visto dai vecchi pratici: cfr. MENOCCHIO, *De adip. retin. et recuper. possess.* (Venezia 1608) p. 420.

²⁾ Si noti che le due costituzioni esaminate (11 c. 8. 4; 12 c. 7. 32) sono fra i principali testi addotti dallo JHERING (*Jh. Jahrb.* 9 (1863) p. 85 e segg.; *Ueber den Grund des Besitzeschutzes* p. 114 sg.) come prova della generale estensione che avrebbe avuto la tutela possessoria come '*a. momenti*' o '*momentariae possessionis*': sono, anzi, gli unici casi veramente serii, perchè gli altri o contengono dichiarazioni generiche, o alludono a rimedii petitorii. Ora appare chiaro che in quelle due costituzioni GIUSTINIANO non ha inteso creare rimedi nuovi, ma deformare - in conformità alle nuove dottrine - i presupposti della fattispecie per rendere possibile la applicazione dei rimedi tradizionali: ammette lo spoglio per poter dare l'*unde vi*, ammette la conservazione del possesso per poter dare l'*uti possidetis*.

CAPO V.

Sommario. — Moventi e ripercussioni del nuovo indirizzo. L'*animus* nel possesso e l'elemento intenzionale nell'acquisto e nella perdita dei diritti. — 2. La tendenza a considerare il possesso come un diritto. Spunti pregiustiniani: l'*Interpretatio* del Paolo Visigoto. — 3. *Ius* e *factum* nella terminologia del possesso. — 4. Ripercussioni sul regime dell'acquisto e della perdita: a) L'acquisto *per servum fugitivum*. b) L'acquisto al domino *etiam ignorantem*. c) L'esigenza del mandato nell'acquisto *per procuratorem*. d) La subordinazione della perdita all'acquisto nel caso di *traditio*. e) Acquisto e perdita del possesso da parte del pupillo. f) Spunti di un acquisto *solo animo*. — 5. Ripercussioni sul regime e la natura della difesa provvisoria. — 6. Ripercussioni sulla terminologia bizantina del possesso: tracce di confusione tra le distinte antitesi classiche (*p. animo* e *corpore*; *p. civilis* e *naturalis*; *p. iusta* e *iniusta*; *p. bonae fidei* e *malae fidei*). — 7. I frutti delle nuove tendenze nella dottrina del diritto comune e nella codificazione.

1. La progressiva estensione della massima della conservazione del possesso *solo animo* e la sempre maggiore autonomia riconosciuta all'elemento dell'*animus possidendi* colla conseguente alterazione del rapporto tra esso e la *possessio corpore* sono due fenomeni che stanno fra loro in intima correlazione. A negare la perdita del possesso, nei casi estremi che abbiamo ora esaminati, non si sarebbe potuto giungere se la dottrina, isolando nel possesso i due elementi costitutivi¹⁾, non avesse incentrato tutta la teoria della conservazione e della perdita sulla base dell'elemento intenzionale, prendendo lo spunto da PAOLO ma arrivato anzi più in là del limite da lui raggiunto.

Era naturale che i giustiniani, e già forse prima di loro le scuole bizantine, facessero buon viso alla dottrina possessoria di PAOLO, col

¹⁾ Non è l'unico caso in cui l'analisi dei singoli elementi costitutivi di un istituto e di un rapporto porti ad esagerarne l'autonomia, a tutto scapito della valutazione organica, e con pericolo anche di deduzioni pratiche esagerate. Così - per quanto a me pare - nel caso della famigerata distinzione tra '*debitum*' e '*obligatio*': l'aver isolati questi due elementi nel concetto di obbligazione è senza dubbio un risultato sia storicamente che dogmaticamente assai interessante: ma l'applicazione di quest'antitesi a istituti del diritto romano classico o giustiniano o del diritto nostro moderno non mi pare possibile: giacchè, a parte i problemi d'origine, quei due elementi sono oramai due lati, due aspetti di un rapporto unico, inscindibili nel senso che nessuno può avere una esistenza autonoma valutabile giuridicamente.

dogma dell'*animus possidendi*. Per quanto per parte mia ben lontano dal sospettare *a priori* dei casi in cui, a proposito dei singoli rapporti giuridici, si eleva l'elemento dell'*animus* a criterio decisivo ¹⁾, è certo che in più di un caso le nuove correnti portano a dare all'elemento intenzionale un valore preponderante, dove i classici decidevano sulla base di elementi obbiettivi – si pensi al caso tipico dell'*animus novandi*: dove, quindi, come nel caso del possesso, quell'elemento era stato posto in tanta evidenza, non possiamo meravigliarci di vedere i compilatori accentuare la loro simpatia. A chi poi, seguendo l'esempio dato, a proposito della *natura actionis* e della *natura contractus*, dal COLLINET ²⁾ volesse anche nel caso nostro ricercare influenze e ripercussioni di dottrine filosofiche e della rispettiva terminologia, potrà ricordare le infinite discussioni sull'*anima*, il *corpus*, i loro rapporti, in cui s'imbatte ad ogni passo chi scorra per poco le fonti patristiche o i documenti conciliari di quell'epoca in cui le polemiche teologiche raggiungono il massimo di intensità ³⁾.

Vi è però un punto su cui in particolare devo richiamare l'attenzione in ordine a tutta questa evoluzione della dottrina dell'*animus possidendi*, ed è la corrispondenza che si viene a stabilire tra l'elemento intenzionale nel possesso e l'elemento intenzionale che corrisponde ai singoli diritti, e in particolare alla proprietà, e – per conseguenza – tra il possesso stesso e il diritto. Finchè il possesso resta impennato sull'elemento della disponibilità di fatto della cosa, di cui l'*animus* non è che una integrazione, la natura di fatto del possesso rimane nettamente stabilita, e l'antitesi tra il possesso – che è un *fatto* – e la proprietà – che è un diritto, il diritto per eccellenza – è chiara ed assoluta. Sia il proprietario che il possessore hanno la coscienza e la volontà di esserlo: ma il possessore resta tale finchè di fatto esista il suo rapporto di signoria sulla cosa, e cessato questo per qualsiasi

¹⁾ Così p. es. non aderisco alla critica di BERGER (*In tema di derelizione* p. 25 dell'estr.) all'elemento dell'*animus derelinquendi*.

²⁾ *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, v. 1^o p. 192 sg.

³⁾ Ad influenze filosofiche e teologiche già pensava l'ALIBRANDI, *Opp.* 1. p. 228. Di S. AGOSTINO – scrittore troppo poco utilizzato nei moltissimi accenni di interesse giuridico che contiene – ricorderò un passo che non trovo ricordato finora nella multiforme letteratura possessoria (*Serm. In Psalm.*: ed. GAUME v. 21 p. 428) [Caro et sanguis regnum Dei non possidebunt]. Non enim corpus tuum aliquid possidet, sed anima tua per corpus possidet, quae ipsum etiam corpus possidet.

causa, la sua volontà è come tale irrilevante: il proprietario non perde invece il suo diritto per il semplice venir meno della attuazione o della possibilità di esercizio, finchè - almeno nella normalità dei casi - non deponga anche positivamente la volontà di conservare il diritto medesimo. Via via che l'elemento intenzionale assume nel possesso il primo posto e che - in una sfera sempre più larga di casi - si ammetta che il possesso si conservi anche prescindendo dalla obbiettiva realizzazione in quanto non si voglia cercare di possedere, si finisce, sia pure inconsciamente ad accostare il regime del possesso a quello della proprietà: mentre la natura di fatto del possesso viene, in quella fattispecie, più o meno larvatamente rinnegata ¹⁾, l'elemento dell'*animus* assume quella importanza decisiva che logicamente potrebbe avere solo se si trattasse di decidere della conservazione o della perdita della proprietà o in genere di un diritto.

Il fenomeno merita di essere illustrato sia nelle sue origini sia nelle sue ripercussioni nei singoli punti del regime positivo: non privi d'interesse sono poi i riflessi di questa nuova concezione sulla terminologia giustinianea e bizantina del possesso e sulla evoluzione che la dottrina del possesso ha avuto, a partire dai glossatori, per opera del diritto comune, giacchè proprio in questa concezione io sono convinto che si trovano i germi di tutta la trasformazione subita dall'istituto, la quale soltanto permette, a sua volta, di ben valutare la struttura - veramente poco felice - assunta dall'istituto del possesso nel nostro diritto positivo.

* * *

2. Il nuovo atteggiamento dell'*animus possidendi* ha, come abbiamo veduto, la sua radice in PAOLO. Ciò non vuol dire che già con lui esso fosse portato alle estreme conseguenze - che, del resto, neppure GIUSTINIANO ha raggiunto - nè in particolare, che già con lui si manifesti la tendenza di concepire i problemi dell'acquisto e della

¹⁾ Si veda p. es. la interessante esposizione di DONELLO (*Comm. de iure civili* 5. 6. 15) relativamente alla regola della conservazione del possesso '*animus*': alle obiezioni mosse in base alla natura di fatto del possesso egli risponde col riconoscere che veramente si tratta non di conseguenze logiche, ma di una *tutis interpretatio*.

perdita del possesso sotto una visuale analoga a quella dell'acquisto e della perdita dei diritti in genere o in particolare della proprietà. PAOLO non ha rinnegato la natura di fatto del possesso: e anche la applicazione più ardita di cui l'abbiamo tenuto responsabile - quella del *servus fugitivus* - non era, in realtà, che la giustificazione teorica nuova di una massima che per gravi opportunità pratiche aveva già finito per farsi strada.

Ma i moventi di varia natura che hanno influito sull'affermarsi di nuove vedute non sono specificatamente propri della legislazione giustinianea e neppure dei suoi immediati preparatori, i maestri beritesii. Sono moventi che possono dirsi generali al mondo giuridico postclassico, in quanto rispecchiano quella degenerazione dell'istituto del possesso, che non poteva mancare non appena fosse venuta meno la squisita tradizione giuridica, che aveva permesso in Roma lo sviluppo della dottrina possessoria, a cui i singoli giuristi e le singole scuole avevano portato i loro contributi.

E poichè i germi della degenerazione esistono già - sebbene impliciti - in alcune dichiarazioni dello stesso PAOLO, non è da meravigliare che tracce vistose se ne riscontrino anche in occidente, in quella singolare elaborazione che è costituita dalla cosiddetta *interpretatio* alle sentenze di PAOLO accolte nel Breviario Alariciano¹⁾.

Vi è un passo altamente dimostrativo. Il testo di PAOLO, *Sent.* 5, 2, 1, esemplificando la regola che *possessio solo animo retinetur* col caso dei *saltus*, dice cose perfettamente normali:

¹⁾ L'origine di questa *interpretatio* è sempre controversa: la vecchia tesi del SAVIGNY e dell'HAENEL, che la attribuisce direttamente ai Visigoti sembra di nuovo preferita (MOMMSEN, *Prolegomena ad C. Th.*; CONRAT *Der Westgot. Paulus* § 14; in antitesi a quella sostenuta dal FITTING (*Z. für Rechtsgesch.* 11 (1873) 222 sg.) con larghe adesioni, secondo cui si tratterebbe di elaborazioni anteriori e, in particolare, di una vera Parafrasi della *Sententiae*. Il problema - ultimamente trattato dal FERRARI, *Osservazioni sulla trasmissione diplomatica del C. Teodosiano e sulla interpretatio visigotica* (Padova 1915) p. 34 sg. in antitesi a CHECCINI, *Studi storico-critici sulla Interpretatio al C. Teodosiano*, in *Studi per Monticcolo*, Venezia 1913, - però con riguardo specifico alla *Interpretatio* al Teodosiano - a me non interessa perchè nemmeno escludo che i Visigoti si siano serviti di materiale scolastico preesistente e, in ogni modo, si tratta, sembra, di un prodotto occidentale, anteriore sia pure di poco e assolutamente indipendente dalla compilazione giustinianea e dai suoi precedenti scolastici immediati, rappresentati dagli *ἑρπῆς* beritesii.

Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.

Veda ora il lettore come la pensa il maestro postclassico, autore della *interpretatio*:

Aliqua sunt quae animo et corpore possidemus; aliqua quae tantum animo. Animo et corpore ea possidemus quae in praesenti tenere videmur vel utimur: animo vero ea possidemus quae in longinquo posita sunt *et in nostro iure consistunt et ea proprietati nostrae possumus vindicare*.

Si possiede *animo* quando si ha un diritto sulla cosa e la si può rivendicare!

L'intreccio tra il punto di vista del possesso e quello della proprietà non potrebbe essere più grave ¹⁾: e la natura di fatto del possesso non potrebbe esser rinnegata in modo più palese ²⁾.

Non è questo l'unico caso in cui è dato riscontrare degenerazioni perfettamente parallele in oriente e in occidente ³⁾: qui anzi la mentalità meno raffinata del commentatore occidentale ci presenta la nuova concezione sotto la forma più grossolanamente evidente, quale le più dotte scuole d'oriente avrebbero sicuramente evitato.

La malaugurata mancanza di scolii nei titoli dei Basilici in materia possessoria, e la estrema scarsità di elementi interessanti nelle altre più antiche fonti bizantine ⁴⁾ ci obbligano a ricorrere in modo quasi esclusivo alle fonti giustinianee: dove se la tenace sopravvivenza di buona parte della ossatura classica del sistema possessorio

¹⁾ Se ne è bene accorto lo SCHULTING, *Iurispr. vetus ad h. l.*: 'mentem Pauli male exprimit. Quid enim huc facit mentio iuris et vindicationis, ubi de sola possessione agitur?'

²⁾ Anche nell'*Interpretatio* a PAUL. *Sent.* 5. 6. 7 (clam possidere videtur qui ignorante et inscio *domino* possessionem occupat) l'inesattezza, se così la vogliamo chiamare, è palese.

³⁾ Cfr. - per alcune dottrine relative alla *titiscrescenza* e all'a. *legis Aquiliae* - le mie 'Teorie postclassiche sull'a. *legis Aquiliae*, ' in *Annali dell'Univers. di Perugia* 1914.

⁴⁾ È naturale che nelle fonti di carattere locale e popolare nulla si trovi di un istituto così squisitamente tecnico quale è il possesso. Così nel Libro Siro-romano.

dissimula le nuove correnti, queste riescono peraltro visibili per poco che si abbia la cura di andarle a rintracciare dove elementi formali o elementi sostanziali di altra natura documentano l'intervento dei compilatori.

*
* *

3. Le tracce del meno vivo senso della natura di fatto del possesso e della tendenza a considerarlo alla stregua dei criteri che si applicano alla proprietà ed agli altri diritti possono essere ricercate in due direzioni. O nella terminologia, che parli del possesso come di uno *ius*, o nel regime positivo, che tratti del possesso, come logicamente lo si potrebbe trattare solo se fosse uno *ius*. Ma mentre finora la dottrina si è occupata, con straordinaria simpatia, del primo di questi punti, ha lasciato il secondo, si può dire, completamente nell'ombra; io credo invece che se il primo offre un certo interesse, e i risultati esegetici in esso già raggiunti possono essere utilmente inquadrati nel campo di queste ricerche, il secondo è più notevole perchè permette di controllare fino a che punto la nuova corrente abbia esercitato un'influenza positiva. Il problema generale della natura di fatto o di diritto del possesso è non soltanto uno fra i più travagliati ¹⁾, ma è anche di quelli in cui più facilmente si perdono di vista i limiti che il problema ha per un romanista. Discutere sulla possibilità o sulla opportunità di configurare il possesso come un diritto, e se piuttosto come un diritto personale o diritto reale, è fuor di luogo, quando si tratti di determinare non come si deve astrattamente concepire un istituto, ma come l'abbiano positivamente concepito e regolato i romani. Ridotta la questione nei suoi veri confini, ossia ne' testi, essa non è, fra le molte che ingombrano il terreno del possesso, nè molto grave nè, anche, molto interessante. Che il possesso come tale sia uno stato di fatto, in recisa antitesi col diritto cui esso corrisponde, ossia dal punto di vista primitivo, colla proprietà, dal punto di vista nuovo col diritto reale in genere, è certo; ed è certo non solo per i classici, ma

¹⁾ Vedi una copiosissima bibliografia in PINZI, *Il possesso dei diritti* (Roma 1915) p. 23 sg. Sempre assai notevoli sono le osservazioni di DONELLO, *Comm. de iure civili* 5, 6, 10, in confutazione della tesi che il possesso sia un diritto, sostenuta in particolare, e con larga fortuna, da BAROLO.

anche per GIUSTINIANO: su questa natura di fatto i testi non mancano di insistere con espressioni energiche ¹⁾ e qualunque giurista bizantino, interrogato se il possesso sia un fatto o un diritto, non avrebbe esitato un momento a rispondere.

I testi in cui si parla di uno *ius possessionis* non fanno molta impressione. Il VASSALLI, che al problema ha portato ultimamente un fine contributo esegetico ²⁾, ha reso in parecchi di essi verosimile l'ipotesi d'una interpolazione ³⁾: ma nella più parte dei casi si tratta di affermazioni generiche che, se non concorrono altri elementi di dubbio, potrebbero anche essere intese nel senso di riconoscere al possesso conseguenze giuridiche - cosa affatto normale anche dal punto di vista classico ⁴⁾ - o, in particolare, nel senso di mettere in rilievo gli

¹⁾ Cfr. l. 3 § 3-4 D. 41. 2, nella parte genuina; 23 § 1 *eod.*; 19 D. 4. 6 (VASSALLI, *Miscell.* II p. 37 crede interpolata la frase ma non l'inciso '*quia - consistit*': a me il '*causa facti non continetur postliminio*' non sembra di conio giustiniano). L'interpolazione di '*possessionem*' per '*usucapionem*' che genera nel testo una brutta ripetizione, fu già avvertita dal FABRO (KRÜGER D. XII^a ed. *ad h. l.*). Nella l. 20 pr. D. 8. 2 '*quasi facto quodam possideo*' è itp. (PEROZZI, *Istit.* I. 492 n. 2) e, comunque, qui irrilevante.

²⁾ *Miscellanea critica di Diritto romano in Ann. dell'Univ. di Perugia*. 1914 p. 31 sg. dell'estratto.

³⁾ L. 41 pr. D. 41. 2: VASSALLI *l. cit.* p. 41: qui è veramente tipico che si parli di uno '*ius possessionis*' che '*non videtur peremptum*': per quanto, nel caso concreto, già Papiniano dovesse negare la perdita; 49 pr. *eod.* '*cum... plurimum ex iure possessio mutuetur*'; VASSALLI p. 37: v. sul testo, che è veramente enigmatico, anche FERRINI, *Pand.* p. 294 n. 1; RICCOBONO, *ZSSr.* 1910. 339; i Basilici (50. 2. 48, Hb. 5. 55) omettendo tutta la finale rispecchiano forse il dettato genuino; § 1 '*quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*': VASSALLI p. 39: dove il concetto è però assai ragionevole. Ne può dirsi (*ibid.* p. 39 n. 1) che qui, come nella l. 10 C. 7. 32, si incontri la famigerata espressione '*corpus possessionis*' che fu tanto criticata al SAVIGNY: le espressioni '*possessio quae corporis est, p. quae consistit corpore*' dicono qualche cosa di diverso; 2 § 38 D. 43. 8 '*iure possessionis fruitur*' VASSALLI p. 43; 5 § 1 *eod.*, che è certo il testo più grave: VASSALLI p. 40 crede itp. '*vel dominio*' in base a l. 37 D. 5-1, dove si passa da possesso a proprietà: ALBERTARIO, *Corso cit.* l. 173 reputa glossemi i due accenni al possesso: l'antitesi era tra *iudicium de vi e de proprietate*; 5 § 2 C. 7. 16, VASSALLI p. 43, pare che alludesse all'*adsertor*' (v. KRÜGER *ad h. l.*) ed è indubbiamente manipolato.

⁴⁾ Chi col SAVIGNY si esprime in questo senso non merita di venir considerato come sostenitore di una opinione intermedia tra le due estreme (così FINZI, *op. cit.* p. 30 sg.); che anzi è naturale che i Romani, quando parlano di possesso, abbiano di mira precisamente le sue conseguenze giuridiche: peraltro le espressioni usate dal SAVIGNY offrono il fianco alle critiche: cfr. ALIBRANDI *Opp.* I. 240.

effetti giovevoli che ha, per una delle due parti contendenti, il trovarsi nella posizione di possessore ¹⁾,

Da questi testi interpolati, che hanno il loro immediato precedente in espressioni analoghe di fonti sia giuridiche che extragiuridiche dell'età postclassica ²⁾, ricaviamo tutt'al più una prova della constatazione che nei compilatori è meno vivo il senso della natura di fatto del possesso. Ma assai più che queste dichiarazioni indirette - che dopo tutto sarebbero esuberantemente contraddette da altre anche più esplicite in senso contrario - è interessante avvertire come nei singoli punti del regime del possesso si faccia strada la sentenza di applicare criteri analoghi a quelli che regolano i diritti e in particolare la proprietà, disconoscendo - più nell'applicazione concreta che nelle dichiarazioni generali - la vera natura del possesso.

Gioverà un sommario esame di punti in cui le norme del possesso furono positivamente rimaneggiate dai compilatori, per vedere se veramente queste riforme possano ricondursi a quelle nuove idee che siamo venuti illustrando.

¹⁾ Cfr. 2 D. 43. 17 (dubbi di itp. in VASSALLI cit. p. 43); 5 D. 7. 6, dove proprio è recisamente smentito che il possesso sia per questo un diritto (*vincet... iure quo possessorum sunt potiores, licet nullum ius habeant*); cfr. anche 36 D. 41. 2 (*plus iuris in possessione habet qui precario rogavit quam qui omnino non possidet*; cfr. LENEL, *Paling. Iulian.* n. 215; VASSALLI cit. p. 40, per cui il testo è un rifacimento della l. 16 D. 41. 7). Nella l. 23 D. 41. 1 è mero sofisma voler argomentare dall'antitesi '*omnia iura - possessio tamen*' che il possesso sia esso pure un diritto.

²⁾ Già COSTANTINO parla di uno *ius possessionis*: 3 C. Th. 9. 10 = 7. C. 9. 12; 10 C. 7. 32 (sulla prima parte che pare interpolata (VASSALLI p. 38 e sg) dovrà tornare: sulla seconda v. MESSINA-VITRANO, *BIDR.* 20. 230 sg. però essa a me pare piuttosto un indice del punto di vista nuovo che di quello classico): v. anche CASSIODORO, *Var.* 8. 28. 3 '*momenti iura* si competunt': dove a '*possessio*' è sostituito, secondo il vezzo dell'epoca, '*momentum*', e una formola dello stesso Cassiodoro (*Var.* 6. 44: *formula de competitionibus*) mostra lo scambio tra possesso e proprietà (a chi *desiderat loca publica possidere... illum locum proprietario iure concedimus*). - Si noti poi che nei testi tardi '*possessio*' spesso denota semplicemente il fondo: cfr. p. es. *dominium possessionis* in 2. C. Th. 8. 18 (su cui ora KRÜGER P., *ZSt.* 1916 p. 91, ove male è addotto l'esempio della l. 5 D. 41. 3); in questo senso *iura possessionis* in S. AMBROGIO, *Epist.* 82. 7 (ed. BALLERINI, v. 5 p. 644) e in S. AGOSTINO (*De bono coniugal.*, ed. GAUME v. 26 p. 265) '*possessor legitimus*' = '*qui iuri paterno vel iuste quaesito incumbat*' in virtù di una '*iuris civilis regula*' ossia, dal contesto, il proprietario. Cfr. del resto già la l. 78 D. 50. 16 (uso non tecnico - da parte di un testatore).

* * *

4. a. La regola che *per servum fugitivum* si acquista il possesso, controversa fra i classici, è accolta da GIUSTINIANO. I dubbi classici, di cui ci siamo occupati, erano determinati da ragioni di carattere tecnicamente possessorio, e sopra tutto dal dubbio se fosse possibile ammettere nel servo stesso la continuazione del possesso. Infatti, come abbiamo osservato, l'acquisto dei diritti – esemplificato, al solito, dai classici, colla *mancipatio* e la *stipulatio* – era assolutamente fuori questione. GIUSTINIANO, che ammette in modo assoluto che il *servus fugitivus* lo si continua a possedere *animo*, è perfettamente coerente nello ammettere che si acquisti il possesso per mezzo suo: ma con ciò è sparita la diversità di apprezzamento tra acquisto di diritti e acquisto del possesso: e la interpolazione operata nella l. 12 § 3 D. 7. 1 (cf. *Vat.* 89) prova che tra una cosa e l'altra i compilatori non fanno differenza.

b. L'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo esige normalmente la *scientia* del *dominus*: salvo gli acquisti *ex peculiari causa* che avvengono *etiam ignorantibus*. È stato dimostrato dal DE FRANCISCI¹⁾ che l'acquisto *etiam ignorantibus ex omni causa* è il frutto di un'innovazione postclassica²⁾, ma non se ne sono ancora messi in rilievo i moventi. Non sarebbe esatto ritenere che si tratti semplicemente della solita tendenza di allargare i confini della rappresentanza nell'acquisto del possesso. Infatti quella del *servus* – come quella del *filius familias* – non è vera rappresentanza, in quanto è un istituto giustificato da ragioni essenzialmente diverse, non già introdotto a grado a grado a fatica, ma originario. E va notato ancora che, se è vero che GIUSTINIANO tende ad ammettere in misura più larga la rappresentanza in materia di possesso, non è altrettanto sicuro che in questa materia egli si mostri proclive a passar sopra alla *scientia* del titolare, anzi pare che proprio lui esiga, nell'acquisto *per procuratorem*, il mandato o la ratifica. Nel caso dell'acquisto *per servum* la giustificazione logica

¹⁾ V. le indicazioni al c. 1 § 2.

²⁾ Dalla l. 2 C. Th. S. 12 = 26 C. I. S. 26 risulta che la generalizzazione non è, questa volta, una novità giustiniana. Come, infatti, non era una novità la tendenza a cui essa si ispira.

va quindi cercata in tutt'altra direzione. E precisamente nella tendenza a regolare l'acquisto del possesso alla stessa stregua che l'acquisto dei diritti, per i quali è pacifico - tanto per diritto classico che per per diritto nuovo - che il servo li acquisti necessariamente al *domino etiam ignorant*. GAIO nelle sue *Istituzioni* (2. 87) formulava la regola generale relativamente all'acquisto dei diritti ¹⁾ senza naturalmente preoccuparsi dell'elemento della *scientia* del *dominus*: e quando poi (2.89) avverte che per mezzo dei servi si acquista anche il possesso, trascura di inserire la limitazione, che l'avrebbe portato - in un manuale elementare - in particolari troppo minuti: i compilatori delle *Istituzioni*, riproducendo la massima, trovano utile aggiungervi l'avvertenza (§ 3 I. 2. 1): *Hoc enim vobis et ignorantibus et invitis obvenit* ²⁾, inciso che dal punto di vista giustiniano va riferito sia alla proprietà - per la quale in diritto classico era ovvio - che al possesso, di cui parla il seguito del paragrafo, - per il quale in diritto classico era falso. Ora non si distingue più.

c. Uno dei punti più controversi in materia di possesso è l'acquisto *per procuratorem*, e una delle principali difficoltà in proposito è rappresentata dall'antitesi tra i testi che ammettono l'acquisto *etiam ignorant* ³⁾ e quelli che lo subordinano al mandato o alla ratifica. La conciliazione tradizionale - e per diritto giustiniano ancora preferibile - per cui l'ignoranza andrebbe riferita solo al momento dell'acquisto o quella che riferisce il mandato al negozio obbligatorio che è causa dell'acquisto ⁴⁾, sono omai poco soddisfacenti. Recentemente il SOLAZZI ⁵⁾ ritenne potersi la difficoltà eliminare in quanto il mandato a cui alludono i testi (42 § 1 D. 41. 2; 23 [24] D. 3. 8, a cui S. aggiunge l. 13 pr. D. 41. 1; 6 § 1 D. 43. 26) non sarebbe un mandato speciale ma quello che è presupposto necessario perchè si abbia un vero procuratore: in PAOLO, *Sent.* 5. 2. 2 la ratifica occorrerebbe appunto in quanto

¹⁾ La *traditio*, tra la *mancipatio* e la *stipulatio*, è qui ricordata in quanto è anche modo d'acquisto del dominio: la *mancipatio* è stata naturalmente soppressa nella corrispondente l. 10 § 1 D. 41. 1.

²⁾ Cfr. *Regulae Institutionum* 2. 12 (ZACHARIAE, 'Ανέκδοτα 3 p. 172): εἴ τι δέποτε τῷ οἰκίτῃ προσγίνηται, τοῦτο καὶ ἄκουσι καὶ ἀγνοοῦσιν ὑμῖν προσπίπτει.

³⁾ L. 47 D. 41. 3; 34 § 1: 49 § 2 D. 41. 2; 1 C. 7. 31; § 5 I 2-9.

⁴⁾ In questo senso da ultimo LAST, in *Jher. Jahrb.* 62 (1913) p. 51.

⁵⁾ *l. cit.* p. 8 dell'estr.

non si tratterebbe di un *verus procurator*. L'ipotesi è assai seducente, tanto più che in questi testi tracce palesi di alterazione non si sanno scorgere ¹⁾: ma d'altra parte pare strano che i classici sentissero qui il bisogno d'insistere tanto su quel mandato, mentre al mandatario puro e semplice negano la facoltà di acquistare direttamente il possesso. Di più, in alcuni almeno di quei testi, come il primo e il terzo, mi pare necessario pensare a un mandato speciale, dal momento che si fa l'ipotesi che esso ci sia o non ci sia, pur trattandosi sempre di un *procurator*. D'altra parte, è sicuramente da respingere l'evoluzione supposta dallo SCHLOSSMANN ²⁾, per cui l'acquisto *ignoranti* sarebbe una novità della cost. 1 C. 7. 32 di SEVERO e CARACALLA. Io credo invece sempre preferibile l'ipotesi accennata dal BONFANTE ³⁾ che veramente i testi che esigono il mandato rappresentino una novità giustinianea. Se così è, la riforma si inquadra nella tendenza generale, dallo stesso BONFANTE altrove dimostrata ⁴⁾, per cui le larghe facoltà del *procurator* classico si vanno sottoponendo a limitazioni sempre più gravi. Va osservato che in diritto classico l'acquisto del possesso *per procuratorem* - ammesso non senza difficoltà ⁵⁾ in deroga alla costruzione della rappresentanza diretta - è giustificato da un lato dalla natura di fatto del possesso, e dall'altro dalla speciale posizione che ha il *procurator* nella vita economica e giuridica dei romani, come amministratore permanente, se anche non generale ⁶⁾, degli affari del titolare: ma soltanto ciò che egli acquista egli vuole acqui-

¹⁾ Forse nel quarto testo il (*vel mandante vel ratum habente*) può parere un'appiccatura.

²⁾ *Der Besitzerwerb durch Dritte*, p. 133 sg.: per le critiche mosse v. SOLAZZI, *l. cit.* p. 7 n. 4.

³⁾ *Istit.* ⁵ p. 343 n. 1. Il testo più imbarazzante resta il § 5 I 2-9 dove l'acquisto *etiam ignorant* è riaffermato: ma il passo - a parte le note interpolazioni - non fa che riprodurre, attingendo forse a MARCIANO (cfr. FERRINI, *BIDR.* XIII p. 154), la massima che è nel rescritto di SEVERO. Piuttosto si potrebbe notare che la *Summa* greca della l. 47 D. 41. 2 (B. 50. 3. 45; Hb. 5. 62) lascia la regola che esclude l'usucapione '*ignoranti*' ma cancella quella che ammette l'acquisto del possesso. Gli altri testi peraltro sono riprodotti fedelmente.

⁴⁾ *Facoltà e decadenza del procurator romano*, in *St. per Schirpfer* (Torino 1898) v. 1 p. 1 sg.

⁵⁾ Cfr. NERATIUS l. 41 D. 41. 3 (*lam fere conventat*) e GAI. 2. 95 secondo la integrazione di GOUDSMIT.

⁶⁾ Che deva trattarsi di un *proc. omnium bonorum* è richiesto da SCHLOSSMANN ma a torto: v. *contra* MITTEIS, *Röm. Privatr.* 1 p. 212 n. 26.

starlo di fatto per il *dominus*, ma acquistato che sia, continua a possederlo per lui, e la sua posizione sociale rende a tutti palese che la cosa, una volta acquistata da lui, è entrata nella sfera economica del titolare da lui stabilmente rappresentato.

Posta una tale continuità di rapporti tra *procurator* e *dominus*, che questi conosca o non conosca l'acquisto non può essere decisivo: che il possesso si acquisti *etiam ignorantibus* appar naturale anche dal rilievo che qui la posizione è perfettamente parallela a quella dell'acquisto compiuto dal servo nella sfera del peculio di cui il padrone gli ha dato l'amministrazione: che anzi non di rado lo schiavo manomesso continua come *procurator* in quella stessa gestione che teneva dapprima ¹⁾.

Se così stanno le cose, abbiamo qui sicuramente un caso in cui l'acquisto del possesso avveniva non soltanto *corpore*, ma anche *animo alieno* ²⁾: ed in realtà PAOLO, dove formula la regola dell'acquisto del possesso *per procuratorem* ³⁾, mostra, a quel che pare, di considerarla come un'eccezione introdotta *utilitatis causa*, non soltanto alla massima che nega l'acquisto *per liberam personam*, ma anche all'altra, da lui formulata con eccessiva generalità, che il possesso può acquistarsi *corpore alieno*, ma sempre *animo nostro* ⁴⁾.

¹⁾ Su questo carattere del *procurator* cfr. in particolare SCIALOJA, in *Cultura* I (1882) p. 435; LENEL, in *Jher. Jahrb.* 36 N. F. 24 (1896) p. 83.

²⁾ In questo senso - e contro l'opinione che può dirsi generale - v. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* 2 p. 333; LAST, in *Jh. Jahrb. i. cit.*; e, sebbene con riserve, LEWALD in *ZSt.* 1913 p. 451. Le fonti dicono che il *procurator* possiede *alieno nomine* (CELSO 18 pr. D. 41. 2, in l. 2 D. 41. 10 è da emendare in *alio*): cfr. il '*contemplatione alterius possidere*' nella l. 13 § 12 D. 5. 3 (inciso sospetto all'ALBERTARIO, *La costruzione 'nisi - tunc enim'* ecc., in *Filangieri* 1911 p. 13 dell'estr. per elementi estranei ai problemi del possesso). Diverso è il '*possidere pro alieno*' detto da PAOLO (13 pr. D. 41. 1) del creditore pignoratizio per escluderlo dall'usucapione. Con '*possidere alieno nomine*' - che non trovo mai detto per es. del colono - a me pare che i romani vogliano indicare che il procuratore sostituisce il domino in tutti e due gli elementi del possesso.

³⁾ *Sent.* 5. 2. 2. Diversamente SOLAZZI, *l. cit.* p. 25.

⁴⁾ Come PAOLO, pur riconoscendo l'acquisto *animo alieno* nella *peculiaris causa* (l. 3 § 12 D. 41. 2) sembra altrove ricorrere al concetto di un *animus* implicito e preventivo (l. 1 § 5 *eod.*), così i moderni per il *procurator*: cfr. p. esempio WINDSCHEID, § 135 (tr. it. 1. 2. p. 69) '*il proprietario si è preventivamente appropriata come sua la volontà del rappresentante.*' Concezione non necessaria, né per diritto classico, dove si può ben riconoscere l'acquisto *animo alieno*, né per diritto giustiniano, dove l'acquisto '*ignorantibus*' è paralizzato. Una differenza tra

GIUSTINIANO, per cui questa regola di PAOLO è un dogma fondamentale ¹⁾ e che - come già ebbi occasione di notare - non avverte più la differenza tra i semplici strumenti nella realizzazione di fatto del possesso ed i rappresentanti nell'acquisto, col subordinare al mandato ²⁾ o alla ratifica l'acquisto del possesso *per procuratorem* aggiunge un doppio risultato. Da un lato egli fa rientrare anche questo caso nella regola generale per cui all'acquisto del possesso occorre sempre l'*animus* del titolare: dall'altro porta qui alle facoltà del *procurator* una limitazione parallela a quella da cui era stato colpito quanto alla facoltà di disporre. La particolarità di trattamento fatta per il possesso resta solo la ammissione della rappresentanza diretta, la quale a sua volta reagisce anche sull'acquisto del dominio, dal momento che la funzione della *traditio* si è generalizzata.

Così ridotta l'autonomia del *procurator*, di cui omai quasi più non si sente la funzione sociale che la caratterizza di fronte al semplice mandatario ³⁾, e affermata sempre più come elemento decisivo la scienza del titolare, si capisce come i problemi che riguardano l'*animus* si incentrino esclusivamente in quest'ultimo. Ricordo la dichiarazione della l. 13 D. 39. 5 (ULPIANUS, l. 7 *disput.*):

Nam si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit (in sua persona, sed mihi adquiri),

L'acquisto *ex peculiari causa* e quello *per procuratorem* c'è in ordine all'usucapione: nel primo caso, come lo SCHULZ ha veduto (ZSSt. 1912 p. 62 sg.), la scienza del dominus non occorre (cfr. 47 D. 41. 3; 44 § 7 D. *eod.*; 2 § 10 D. 41. 4 itp.; 43 § 1 D. 41. 3 itp., sopprimendo la distinzione; 7 § 13 D. 6. 2 itp. l'equivoco *vel contra*: nel secondo invece le fonti impongono la distinzione tra l'acquisto del possesso (*etiam ignorantibus*) e l'inizio dell'usucapione, possibile solo quando il titolare conosca l'acquisto, perchè solo allora può aversi il requisito della *bona fides*, da valutarsi esclusivamente in testa sua (47 D. 41. 3; 1 C. 7. 32). Ciò dipende forse, dall'origine più tarda del riconoscimento dell'acquisto *per procuratorem*.

¹⁾ Cfr. l. 1 § 12 D. 41. 2 e le numerose applicazioni.

²⁾ Dal punto di vista giustiniano pare proprio un mandato speciale: così anche SAVIGNY, *Poss.* p. 277 e MITTEIS, *op. cit.* p. 213: ai quali manca la distinzione tra diritto classico e diritto nuovo.

³⁾ A lui - ossia a chi riceve mandato specifico senza essere nella posizione di *procurator* - i testi continuano a negare l'acquisto diretto per il domino (l. 59 D. 41. 1; 13 § 2 D. 41. 3; 8 § 10 D. 17. 1; 135 § 2 D. 45. 1).

in notissima antinomia colle l. 1. 37 § 6 D. 41. 1 e 43 § 1 D. 47. 2 ¹⁾; quel testo di cui l'ALIBRANDI ²⁾ ha felicemente intuito l'alterazione, rappresenta, senza alcun dubbio il pensiero giustiniano, il quale, tutto incentrando nell'*animus* del *dominus* e considerando il *procurator* quasi un mero strumento, arriva ad ammettere l'irrelevanza dell'intenzione di lui. In un altro testo, pure interpolato ma - a mio avviso - in un senso opposto a quello ammesso generalmente, l'imperatore ammette che non nuoce l'errore da parte del *procurator*, se errore non c'è da parte del *dominus* ³⁾, per la solita ragione che l'elemento dell'*animus* fa omai capo esclusivamente a quest'ultimo.

*
* * *

d. È noto il dissenso sul problema se nel caso di *traditio* la perdita del possesso sia o no condizionata al fatto che l'altra parte acquisti.

¹⁾ Copiosa bibliografia in WINDSCHEID § 153 n. 7 (tr. it. 1. 2. p. 64) e in RANDA, *op. cit.* § 20 n. 37 (p. 474).

²⁾ *Opp.* 1 p. 273; KRÜGER *ed. Dig. XII ad h. l.*; BERGER, *In tema di derivazione*, p. 17 dell'estr. in nota: *contra* LAST, *l. cit.* p. 67.

³⁾ L. 34 § 1 D. 41. 2 (ULPIAN. *l. 7 disputat.*): Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur. Et cum placet ignorantibus adquiri, poterit et erranti. (Sed [et] si procurator meus esset, ego non errem magis est ut adquiram possessionem). A partire dall'ALIBRANDI (*Opp.* 1. 275) si ritiene dai più interpolato l'inciso (*Et - erranti*): cfr. FERRINI, *Pand.* p. 326 n. 2; DE FRANCISCI, *Rend. Ist. Lomb. l. cit.* p. 1013; SOLAZZI *l. cit.* p. 25 n. 1): a me esso pare formalmente e sostanzialmente irreprensibile, mentre credo compilatoria l'osservazione successiva (*Sed [et] - possessionem*). GIUSTINIANO, per assicurare in ogni caso l'efficacia della *traditio*, non s'è accorto che le due soluzioni erano contraddittorie, giacché l'elemento dell'*animus* o nel *procurator* o nel *dominus* deve pur essere decisivo, e il vizio di quello che è decisivo non può essere corretto dall'altro: delle due soluzioni poi, la prima è la inevitabile conseguenza della possibilità dell'acquisto *etiam ignorantibus*. Identico carattere - sebbene ivi la illogicità sia minore - ha l'interpolazione della l. 7 § 13 D. 6. 2 (*vel contra*) segnalata dallo SCHULZ, *l. cit.* p. 61. Assai diverso è invece, p. es. il caso della l. 4 § 1 D. 40. 2 dove l'errore del *dominus* e del *servus* non nuocciono alla validità della manomissione (non formale: v. MITTEIS, *ZSt.* 21 (1900) p. 204 sg.; WLAŠAK, *Ibid.* 26 (1905) p. 379 n. 1). Nella l. 34 pr. D. 41. 2 lo SCHULZ ammette l'interpolazione nei limiti dell'opinione dominante; e ciò gli ha impedito di portare qui ad applicazione la sua distinzione iniziata (p. 39) tra rappresentanza di persone libere o *ex causa peculiari* e rappresentanza di persone *in potestate* fuori della *peculiaris causa*, dalla quale sarebbe scaturita per il caso nostro l'irrelevanza dell'errore del titolare.

Dal punto di vista possessorio, non c'è dubbio che l'opinione negativa sia la più logica: CELSO la formula colla consueta energia nella

l. 18 § 1 D. 41. 2 (CELSUS, l. 23 *digestorum*). Si furioso quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus ¹⁾, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessiones, etsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod ²⁾ non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

Se, come appare dal testo, la *traditio* era stata effettivamente compiuta, il tradente, privandosi volontariamente della disponibilità della cosa ³⁾, cessa di possedere: la causa in vista della quale egli ha operato la *traditio* non ha, dal punto di vista possessorio, alcuna efficacia. E anche il maggior teorico del possesso, PAOLO, pare dello stesso parere. Nella l. 1 § 20 l'osservazione che se il rappresentante non acquistasse il possesso a noi, ne conseguirebbe che non possiede nè lui — che non ha l'*animus possidendi* — nè il tradente — *quoniam cesserit possessione* — parte dal presupposto dell'indipendenza dei due momenti, della perdita e dell'acquisto; se no, negato l'acquisto al rappresentante, ne verrebbe che il tradente continua lui a possedere ⁴⁾. Il punto di vista opposto è rappresentato da un noto frammento di ULPIANO che indubbiamente fa legge per diritto giustiniano.

¹⁾ Itp. EISELE, ZSt. 13 (1892) p. 142; KRÜGER D. XII ad h.

²⁾ L'interpolazione del '*dicere quod*' supposta dal BESELER, *Beitr.* 1. 57 non mi pare sicura.

³⁾ RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in ZSt. 1906 p. 319 insiste nel rilevare che la perdita qui è ammessa in base non alla perdita del *corpus* ma all'intenzione (*vult dimittere*): ciò è esatto, ma si tratta di un'intenzione concretata nella cessazione della *p. corpore*.

⁴⁾ Questa considerazione mi fa dubitare della interpolazione qui supposta dal PETERS, ZSt. 1911 p. 218; cfr. BESELER *Beiträge* 3. 19: è vero che ragionando a fil di logica, dall'espressione usata nel testo si dovrebbe arrivare al riconoscimento generale della rappresentanza nell'acquisto del possesso: ma non è questo l'unico caso in cui le giustificazioni date dai giuristi vanno al di là dei limiti. Per l'alterazione nell'inciso che precede v. GRADENWITZ, *Interpolationen* p. 221: anche qui, dal (*cum - adquirere*); (*qui accipiunt*) punto di vista sostanziale, avrei qualche dubbio. Nella l. 1 § 4 h. t. dove dal fatto della perdita si vuol argomentare l'acquisto, è verosimile l'interpolazione segnata da VASSALLI, *Miscellanea* II p. 32.

l. 34, p. D. 41. 2, ULPIANUS l. 7 *disputationum*. Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquirem possessionem, (nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus) ¹⁾. (Quoniam) [quamvis] autem in corpore [non] consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo (acquiri) [amitti] possessio potest, numquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem adquirere: (ergo nec amittit possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione).

A mio avviso il testo è assai più profondamente rimaneggiato di quanto non si sia fin qui supposto e forse solo una radicale emendazione permette di ristabilire l'andamento logico del pensiero ulpiano, ed il punto a cui arriva la sua decisione. Che l'acquirente col recarsi su un fondo che non è quello di cui egli crede di dover acquistare il possesso, in realtà non acquisti nulla, può ammettersi senza soverchia difficoltà, per il rilievo che l'elemento intenzionale non coincide, per così dire, nel suo oggetto, colla sua realizzazione: e il fondo che di fatto si occupa non è quello che si vuol possedere ²⁾. Nonostante questo dissenso *in corpore* (la emendazione mommseniana è imposta dalla logica) poteva nondimeno dubitarsi se il possesso vada perduto per il tradente, al che portava la concezione di CELSO, accolta da

¹⁾ EISELE ZSSt. (1889) p. 318; KRÜGER D. XII ed. *ad h. l.* Secondo EISELE l'inciso 'quoniam - consenserimus' andrebbe allacciato, come giustificazione, alla proposizione che precede.

²⁾ Questa è, almeno, la interpretazione data dai più alla negativa di ULPIANO e pare anche confermata dal troppo laconico riassunto bizantino (B. 50. 2. 33, Hb. 5. 52: ἐὰν εἰς νομὴν τοῦ ἄλλοῦ ὡς εἰς ἑτέρον πεμπομένης, γίνωται...). Il BRINZ (*Bekker Jahrb.* 3. 21 sg.) coerentemente alla sua dottrina sul carattere derivativo della *traditio possessionis*, crede che qui il possesso non si acquisti perchè manca l'accordo tra il *mittens in vacuum possessionem* e il *missus*: a lui aderisce ESMARCH (*Vacuae possessionis traditio*, p. 55), per il quale la *v. p. traditio* è un negozio giuridico distinto dalla materiale consegna della cosa e coi suoi requisiti autonomi, mancando i quali l'occupazione effettiva del fondo è inefficace all'acquisto del possesso. La dottrina è inaccettabile dal punto di vista del regime possessorio: senza dire che nella l. 34 pr. D. 41. 2 essa non trova certo un appoggio, dal momento che il *missus* in realtà realizza proprio, in linea di fatto, la volontà del *mittens*, sebbene sia in errore.

MARCELLO, che si può perdere il possesso *animo solo* e che - per CELSO almeno - la perdita non è subordinata all'acquisto. Ma viceversa, da questo principio che il possesso è perduto, poteva da altri trarsi la conseguenza che dunque fosse acquistato dall'altra parte ¹⁾. ULPIANO smentisce recisamente questa conseguenza, riferendosi alla considerazione iniziale dell'errore: ma si mostrerebbe un ben singolare ragionatore se da questa affermazione partisse per ritornare sul punto della perdita e deciderlo in senso negativo. A me non farebbe meraviglia che veramente ULPIANO avesse dei dubbi anche sulla perdita, giusta la fattispecie che non è così limpida come quella del frammento di CELSO ²⁾, e l'opinione di CELSO e MARCELLO è da lui subito circondata di riserve: ma mi ripugna ammettere che egli decidesse con questa motivazione ³⁾.

Che invece per diritto giustiniano la decisione di questo testo debba avere valore assoluto, è naturale. A GIUSTINIANO ripugna ammettere che il titolare che ha trasmesso la cosa ad altri perchè l'acquisti, abbia a perdere il possesso anche se, per qualsivoglia ragione, non può attuarsi quella volontà a cui la trasmissione era per parte sua subordinata.

Egli applica al possesso quel trattamento che sarebbe ovvio applicare, in caso di dubbi analoghi, in tema di trasmissione di proprietà. Qui veramente in tanto una parte perde in quanto l'altra

¹⁾ Io proporrei quindi la radicale sostituzione di '*amitti*' ad '*adquiri*': di un acquisto *animo* in questo caso non si parlava perchè nell'acquirente, se mai, è proprio l'*animus* quello che qui manca. E poi il ragionamento va dalla perdita all'acquisto (*numquid etiam...*), non dalla possibilità di acquisto all'acquisto effettivo. Riconosco, comunque, che la cosa rimane assai dubbia.

²⁾ Qui, infatti, si tratta di una 'messa a disposizione' del fondo, non di una '*traditio*' materiale: l'acquirente era entrato nel fondo, ma - a causa del suo errore - senza un *animus* corrispondente. Ciò distingue questa fattispecie da quella della l. 18 pr. D. 43. 16 di PAPIANO, dove il compratore è stato autorizzato a '*ire in vacuum possessionem*', ma finchè per la resistenza del colono non vi può entrare, non acquista il possesso e il venditore rimane possessore perchè fino allora la *traditio* non è avvenuta. Il WINDSCHEID (§ 156 n. 10, tr. it. 1. 2. 75: ivi larga letteratura) coi più ammette che sia possibile l'opinione d'Ulpiano, in quanto 'entrambe le parti della dichiarazione di volontà stanno in connessione inscindibile': ma riconosce che il possesso potrebbe ben essere perduto *corpore*. Tutto starebbe a vedere come si è concretata in fatto la 'messa a disposizione': se cioè il possessore si è, in modo definitivo ed univoco, disinteressato della cosa.

³⁾ La possibilità di una *traditio sub condicione* è ammessa da GIULIANO 38 § 1 D. 41. 2.

acquista, perchè il rapporto giustificativo, ossia la *causa*, congiunge in modo inseparabile i due momenti: se la *causa* manca od è invalida, non c'è trasmissione e quindi nè l'acquirente acquista nè l'alienante perde¹⁾. Applicare concetti analoghi in tema di possesso, dove l'elemento della *causa* è come tale irrilevante, è un indice caratteristico delle nuove vedute²⁾.

e. Il problema dell'acquisto o della perdita del possesso del pupillo è di quelli che, per lo stato disperato delle fonti, lasciano dubitare della possibilità di una soluzione sicura. In ordine all'acquisto³⁾ è certo che i testi i quali riconoscono all'impubere *infantia maior* la possibilità di acquistare a se stesso il possesso rispondono pienamente alla logica dell'istituto: il possesso è una *res facti* e quando l'impubere abbia di fatto realizzato un rapporto colla cosa che gliene assicuri la disponibilità, e abbia raggiunto un tale sviluppo intellettuale che egli veramente sappia e voglia esercitare sulla cosa la sua signoria, come si potrebbe negare da un classico che il possesso è acquistato? La *tutoris auctoritas* sarebbe stata superflua in questo caso, come - a rigor di logica - sarebbe stato inapplicabile al caso di un *infans*, dove non esiste neppure un *minimum* di capacità che possa essere integrato⁴⁾. Anzi, tra la superfluità nel primo caso e la illogicità nel secondo, io credo piuttosto col SOLAZZI⁵⁾, che i clas-

¹⁾ Nessun giureconsulto ha mai pensato di ravvisare una perdita di proprietà per *derelictio* nel caso di un'alienazione che non può sortire il suo effetto traslativo. Il noto caso della *manumissio* del *servus communis* si riferisce a tutt'altro ordine di idee; basti dire che la manomissione non è per nulla un'alienazione.

²⁾ Il problema ha dei punti di contatto coll'altro relativo al momento in cui si perde la proprietà in seguito a *derelictio*: qui era PROCULO a subordinare la perdita all'acquisto, mentre GIULIANO ammetteva la perdita immediata: v. l. 2 § 1 D. 41. 7; 43 § 5 D. 47. 2: sul tema BERGER, *In tema di derelizione*, p. 39 dell'estr.

³⁾ Delle svariate ipotesi che si possono configurare, l'unica pacificamente attestata è quella dell'acquisto *per servum* (1 § 5, 32 § 2 in fine D. h. t.; 28 D. 41. 3; 26 § 1 C. 8. 53): esclusa si dovrebbe dire quella dell'acquisto diretto all'*infans*, se non facesse difficoltà l'enigmatica l. 3. C. 7. 32 di DECIO: su essa v. da ultimo SOLAZZI l. cit. p. 26 e sg.; LAST in *Jh. Jahrb.* 62 (1913) p. 14 sg., il quale forse non a torto pensa che si tratti di un'ipotesi speciale al regime della *lex Cincia*.

⁴⁾ Cfr. PEROZZI, *Istit.* l. 556 in nota, le cui osservazioni furono lo spunto dei rilievi ulteriori.

⁵⁾ L. cit. p. 18 e seg.: in senso contrario ALBERTARIO, *Corso* l. 275; LEWALD, *ZSSr.* 1913 p. 450. La difficoltà, che parve decisiva all'ALIBRANDI (*Opere* l. p. 275) di ammettere qui un acquisto *animo alieno* non fa impressione a chi ammette,

sici si sono indotti a derogare alla logica, per ragioni praticamente assai gravi, nel secondo caso, che non a pretendere, nel primo, un elemento superfluo. GIUSTINIANO ha trascurato di tenere nel dovuto risalto la distinzione tra l'*infans* e il *pupillus*, e i testi fondamentali, in cui si rivela l'intervento dei compilatori, danno l'impressione che la *tutoris auctoritas* sia meramente facoltativa¹⁾: salvo che l'esegesi, per conciliare affermazioni contraddittorie, deve pur ritornare all'antitesi tra infante e pupillo *infantia maior*.

L'avere GIUSTINIANO ammesso o esteso la necessità dell'*auctoritas* non si può dire in verità che dipenda dalla tendenza nuova di trattare il possesso alla stregua dei diritti, perchè per il puro e semplice acquisto di diritti l'*auctoritas* non occorre²⁾. La tendenza si attua invece manifestamente nella riforma parallela, e più perspicua in tema di perdita.

I classici non potevano a meno di applicare anche qui i soliti criteri obbiettivi. Se il *pupillus* è capace di acquistare, è capace anche di perdere il possesso: o, a volere essere anche più precisi nella terminologia, come può cominciare a possedere così può cessare di possedere: basta che vengano meno i presupposti del possesso. Che egli smarrisca la cosa, la getti via, la consegna ad altri, o che gli venga sottratta o rapita, o che rimanga distrutta o diventi insuscettibile di

come credo si debba, che tale fu sempre per i classici anche il caso del *procurator*. Nella l. 32 § 2 D. h. t. la regola è espressamente riferita all'*utilitas*, in quanto si tratta di un *infans*, messo in antitesi recisa col *pupillus*, per cui la *tut. auct.* non occorre. Nella l. 3 C. h. t. già il PETERS (ZSt. 1911 p. 205) ha notato che *per tutorem* è di per se ambiguo, potendo indicare tanto il tutore rappresentante quanto il tutore *auctor*. Per la ipt. della l. 4 § 2 D. 41. 2 v. RICCOBONO, *St. per Chironi* l. 420: nella l. 1 § 3 h. t. credo più probabile la ipt. del *pupillus* (RICCOBONO, ZSt. 1910 p. 365; *St. per Chironi* l. p. 420) che non quella del *furtiosus* (VASSALLI *Miscell. cit.* 2 p. 31), tanto più che il paragone col dormiente, che si attaglia al pazzo e non al *pupillus*, non vedo gravi ragioni per crederlo interpolato.

¹⁾ Cfr. '*maxime tutore auctore*' interpolato nella l. 1 § 11 h. t. (non il solo *maxime* come ritenne l'ALIBRANDI (*Opp.* l. p. 377): cfr. BONFANTE *Ist.* p. 340 n. 1; PEROZZI, *Ist.* l. 556 n. 1; SOLAZZI, *l. cit.* p. 16. L'opinione di OFILIO e NERVA FILIUS, riferita nella l. 1 § 3 D. h. t., che il *pupillus* può acquistare il possesso *sine tutoris auctoritate* perchè si tratta di una *res facti* non aveva bisogno per i classici della limitazione posta come finale (cfr. RICCOBONO, *l. cit.*: contra VASSALLI, *l. cit.*) perchè '*pupillus*' è tecnicamente quello '*infantia maior*'.

²⁾ Qualche dubbio vi può essere solo per i negozi '*iuris civilis*': ma anche qui, mi pare, col SOLAZZI (*l. cit.* p. 19 in nota) che l'*auctoritas* non occorresse.

possesso, la conseguenza pratica e inevitabilmente la stessa: il possesso è perduto.

Nel Digesto i due frammenti che parlano della perdita del possesso del pupillo sono gravemente rimaneggiati.

l. 11 D. 41. 1, MARCIANUS, l. 3^o *Instit.* (Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est).

l. 29 D. 41. 2, ULPIANUS l. 30 *ad Sabinum*. Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, (non ut animo sed ut corpore desinit possidere): quod est enim facti, potest amittere. (Alia causa est si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest).

Di fronte alla logica classica i testi sono entrambi insostenibili e la condizione dei vecchi interpreti, costretti a conciliare l'uno con l'altro e tutti e due con le regole generali, era veramente disperata. Noi siamo più fortunati, perchè l'esegesi ha rivelato in entrambi l'intervento dei compilatori: del primo il RICCOBOXO ¹⁾ ha dimostrato che è fattura quasi esclusiva dei compilatori: nel secondo il VASSALLI e l'ALBERTARIO ²⁾ hanno rilevato l'interpolazione dei due incisi (non - possidere), (alia potest), eliminati i quali ULPIANO viene a dire, con perfetta logica, che il *pupillus* può perdere il possesso, in quanto il possesso è una *res facti*: senza che intervenga l'*auctoritas* del tutore. I compilatori non hanno più chiaro il concetto che il possesso è di per sè un rapporto di fatto: per loro quello che ci è di fatto nel possesso è l'elemento fisico, materiale, la *possessio corpore*, questa, ma questa soltanto, il pupillo può ben perderla, ma non può perder l'altro elemento non materiale, la *possessio animo* se non interviene la *tutoris auctoritas* ³⁾: quasiché - ecco il nuovo concetto che si fa strada - la

¹⁾ ZSt. 1910 p. 362.

²⁾ VASSALLI, *Miscell. cit.* 2 p. 33; ALBERTARIO *Corso cit.* 2 p. 24.

³⁾ Cfr. B. 50. 2. 27 (Hb. 5. 51): ἀνευ ἐπιτρόπου σώματι, εὐ μὲν ψυχῇ, ἀφίσταται νομῇ. La glossa - non male interpretando la volontà di GIUSTINIANO che, in ultima analisi, vuol negare al pupillo la facoltà di perdere il possesso - dà la prevalenza alla l. 11 D. 41. 1 e nella l. 29 D. 41. 2 intende per '*p. corpore*' la mera detenzione (*detentio asintna*). Le varie spiegazioni dei moderni saranno più elaborate ma, per necessità, infelici.

perdita del possesso, quando la si considera dal lato dell'*animus*, vada considerata come la perdita non di uno stato di fatto ma di uno stato di diritto, ossia regolata colle norme che disciplinano la perdita - in particolare, l'alienazione - dei diritti. Ripeto che, in tema di acquisto del possesso, io non riesco a veder ben chiaro come la pensi GIUSTINIANO: ma ritengo di non andar lontano dal vero supponendo che questo regime restrittivo introdotto per via di manifeste interpolazioni, nella perdita, abbia influenzato anche il regime dell'acquisto per un malinteso ma non raro spirito d'equiparazione. Si veda come la l. 11 D. 41. 1 è riassunta nell'indice greco conservato nel testo dei Basilici:

B. 50. 1. 10 (Hb. 5. 39) Ἀνῆβος καὶ εἰς τὸ κτήσασθαι καὶ εἰς τὸ ἐκποιεῖν δεῖται ἐπιτρόπου ¹⁾:

si parifica così senz'altro, nel regime positivo, l'acquisto alla perdita: non si distingue più tra proprietà - o altri diritti - e possesso: non si lascia neppure intendere, nella generalità della formola usata, se il tutore figuri come *auctor* o come rappresentante.

f. Si può dire che in generale questa tendenza a conformare il regime del possesso a quello dei diritti ha delle applicazioni tanto in tema d'acquisto che in tema di perdita. E non è da escludere, io credo, che vi abbia profondamente influito il fatto che, sparita nel diritto nuovo la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, e con essa le forme civili d'acquisto del dominio, oramai il modo generale con cui si acquista - in via derivativa - la proprietà è la *traditio*, sicchè acquisto della proprietà e acquisto del possesso coincidono: mentre in diritto classico, specialmente per gli immobili, la divergenza era recisa, potendosi avere acquisto del possesso senza proprietà (p. es. *traditio* di fondi italici) e di proprietà senza possesso (p. es. *mancipatio*) ²⁾. Certo è però che le più tipiche espressioni della nuova tendenza si trovano non in tema d'acquisto ma in tema di conservazione e di perdita. La ragione è chiara. Quali che siano le concezioni teoriche a cui obbedisca, il

¹⁾ L'HEIMBACH, *ibid.* n. K rileva la grave divergenza del greco dall'originale.

²⁾ Il RICCONONO (ZSSr. 1913 p. 178) sembra ammettere che nella *mancipatio* fatta in assenza del fondo occorra, per acquistar la proprietà, anche la *traditio*, e cita GAIO 2. 204: qui per altro si allude all'obbligo che ha l'erede, nel legato obbligatorio, di trasferire proprietà e possesso. Contro la tesi del R. cfr. anche SEGRÉ *Studi Simoncelli*, p. 10 n. 1, estr.; BONFANTE, *Scr. giur.* 2 p. 157 in n.

costante movente pratico di GIUSTINIANO è quello di fare al possesso un trattamento di favore: ora, nell'acquisto, il tener presente la natura di fatto del possesso può essere opportuno in quanto semplifica i presupposti dell'acquisto, il che è normalmente desiderabile: quando invece si tratta di decidere se il possesso è conservato o perduto, il far richiamo ai criteri con cui si decide della conservazione e della perdita dei diritti, ossia sopra tutto all'elemento volitivo del titolare, raggiunge normalmente il risultato di una garanzia più energica, e sopra tutto rende meno facile — pur non riuscendo del tutto ad escluderlo — che il titolare perda il possesso senza sua volontà. Per questo non si è creduto abbandonare la regola classica — massime dopo l'isolato tentativo di LABEONE che nega senz'altro l'acquisto *solo animo* — sebbene le anomale estensioni della *traditio longa manu*, ultimamente dimostrate dal RICCOBONO, rappresentino un gran passo in questa direzione. Certo è che ufficialmente GIUSTINIANO tien ferma la regola del diritto classico, e che a questa regola si mostrano fedeli anche le fonti bizantine: sebbene sia — nel digesto — l'interpolazione della l. 51 D. 41 2 ¹⁾ sia — nelle fonti posteriori — alcuni indizi poco chiari ma sintomatici ²⁾ lascino adito all'ipotesi che la evidenza di quella regola non sia più così vivamente sentita. Non sentendosi però la necessità di realizzare la *possessio corpore* mediante la consegna o la messa a disposizione della cosa *in praesentia*, tutto finisce a impennarsi sull'accordo delle parti. Le innovazioni non furono peraltro attuate da GIUSTINIANO con coerenza e neppure, credo, con piena co-

¹⁾ Nei Basilici il riassunto del testo riconosce senz'altro l'acquisto *animo*: B. 50. 2. 50 (Hb. 5. 53): καὶ ψυχῇ μόνῃ κτῶμαι νομὴν, οἶον...

²⁾ TEOFILO (4. 15. 5) ripudia — correttamente — l'acquisto *solo animo*: con una insistenza tale, però, da far credere che all'opinione contraria non mancassero sostenitori: e anche un singolare scolio (edito dal FERRINI, *Mem. del R. Ist. Lombardo* s. 3^a v. 9 (1891) p. 67 dal C. gr. 1364 dell'Ist. Nazionale di Parigi), che sembra di poco posteriore a GIUSTINIANO (v. ibid. p. 14), fa una distinzione tra il παρακατέχειν ῥήμασι e il ῥήμασι δράξασθαι νομῆς che pare basata sul riconoscimento che non basta all'acquisto del possesso la manifestazione (verbale, ῥήμασι?) della volontà senza tradizione. Più notevole è un passo della περὶ εὐσταθίου 8, 14 (ZACHARIAE, *I. gr. r. I*, p. 24). Ma assai più grave è un passo della *Synopsis Minor* ψ. 4 (ZACHARIAE, *I. gr. rom. II*, 263): πάλιν « ἔχει τις νομὴν τῇ ψυχῇ » ὅταν τὸ δικαίον διδῶν τιμὴν πρᾶγμα νέμεσθαι τι, οὐκ ἐφῃσας δὲ ὁ τοιοῦτος νεμεθῆναι καὶ σώματι: sebbene nel seguito sembri ritirare l'affermazione: οὐ δικαιοῦται οὗτος ἀπὸ τῆς νομῆς, ἣν ἔχει κατὰ ψυχὴν, εἰ μὴ καὶ τῷ σώματι νεμεθῇ.

scienza della loro gravità: si aggiunga poi che nei casi più gravi, in cui l'intervento compilatorio è più sicuro, non sempre è chiaro se l'imperatore intenda sancire il trapasso di proprietà e possesso senza *traditio* o piuttosto il trapasso legale della proprietà senza il trapasso di possesso ¹⁾.

Si è invece trovata assai opportuna la formola della conservazione *solo animo*, portata alle applicazioni più estreme, quali sono quelle, illustrate nel capitolo precedente, del possesso dell'assente e del *captivus* e del possesso tenuto per intermediario. L'assenza non è, come tale, causa di perdita dei diritti: dunque anche il possesso non deve andar perduto; il prigioniero di guerra conserva, almeno virtualmente, la sua posizione giuridica: dunque conserva – sia pur soltanto *animo* – il possesso; l'infedeltà del rappresentante non può privare il titolare del dominio della cosa: lo stesso si dirà per il possesso.

Se la nuova tendenza è di ammettere che la conservazione del possesso non sia necessariamente subordinata alla possibilità della sua realizzazione di fatto, è naturale che essa non possa arrivare al punto di sancire come regola generale che il possesso non si perde se non quando c'è la volontà di perderlo, giacchè la natura di fatto del possesso non può essere del tutto rinnegata, e vi sono casi – tipico quello della *deiectio* – in cui negare la perdita equivarrebbe a negare l'evidenza coll'aggravante di rinnegare anche la natura recuperatoria dell'*unde vi*, affermata dalle fonti giustinianee non meno che dalle classiche. Ma dove la brusca rottura del rapporto di fatto o manca o è meno evidente, la tendenza nuova ha potuto più facilmente trionfare.

*
* *

5. Che la difesa possessoria nel diritto giustiniano abbia profondamente alterato il suo carattere, è cosa nota. Ma non bisogna insistere soltanto sulle alterazioni più apparenti, di carattere processuale, le quali si rispecchiano anche nella terminologia, ove spesso si sostituisce la designazione generica di *actio* a quella tecnica di *interdictum* ²⁾. Questa stessa parificazione, se dal lato processuale è la naturale conseguenza della scomparsa della procedura interdittale classica,

¹⁾ V. i casi riferiti in RICCOBONO, *ZSSr.* 1913 p. 211.

²⁾ V. in particolare ALBERTARIO, *Actio e interdictum*, Pavia 1911; *Contributi allo studio del processo civile giustiniano*; 1. *Actiones e interdicta* in *RISG.* 52 (1912) p. 13 sg.: cfr. 1 § 1 D. 43. 18 (itp. BAVIERA; ALBERTARIO; BESELER); pr. e

rispecchia dal lato concettuale la tendenza nuova per cui il possesso si configura o almeno in parte si regola come un diritto. Per i classici il solo fatto che il possesso era tutelato non da azioni ma da interdetti era il migliore indice esteriore della natura del possesso, che non è un diritto: per GIUSTINIANO non è strano che possesso e diritti siano tutelati da rimedi dello stesso tipo anche perchè meno vivamente è sentita la diversità dello loro natura.

Quanto ai singoli rimedi possessori, l'*uti possidetis* sopravvive con un regime - a parte la procedura - e con una sfera d'applicazione che corrisponde sostanzialmente all'antica; e la completa equiparazione dell'*utrubi* fa vedere che veramente GIUSTINIANO aveva avuto in animo di fondere i due interdetti in un rimedio unico *retinendae possessionis*¹⁾ così com'è unico il rimedio *recuperandae possessionis* dopo la fusione dei due tipi classici dell'*interdictum unde vi*. Qui veramente, in tema di difesa recuperatoria, le novità furono più gravi. L'efficacia dell'*interdictum unde vi* si è certamente aumentata colla assoluta soppressione dell'*exceptio vitiosae possessionis*²⁾, e ciò rispecchia la costante tendenza della legislazione imperiale postclassica di intensificare i rimedi contro la violenza: se ne è anche allargata la sfera di applicazione col ravvisare la violenza anche dove un classico non ne avrebbe scorto gli estremi, come nell'ipotesi della l. 11 C. 8. 4. Ma tutto questo regime dell'*unde vi* non ha ormai che una importanza assai ridotta di fronte ad altri rimedi di origine nuova e di carattere diverso.

A parte le azioni penali *de vi publica* e *de vi privata* delle *leges Iuliae*, il rimedio tipico dell'età nuova è la famosa costituzione di Valentiniano dell'anno 389 sulla ragion fattasi (3 C. Th. 4. 22 = 7 C. 8. 4), figura che, mentre è nelle origini il modo normale di esercizio del diritto, riconosciuto anche dallo Stato purchè si svolga entro certi limiti e sotto certe forme, viene via via limitata e repressa in modo sempre più energico quanto più forte si afferma la sovranità dello Stato e la sua ingerenza esclusiva nell'amministrazione della giustizia³⁾.

§ 8 I 4. 15; § D. 41. 3 alterata, come già vide CUIACIO, mentre in C. 8. 1 è rimasta la rubrica classica del C. Gregoriano.

¹⁾ La menzione dell'*utrubi* accanto all'*uti possidetis* pare soppressa in l. 2 pr. e § 3 D. 43. 1.

²⁾ § 6 I. 4. 15.

³⁾ Sul tema è annunciato da RABEL, ZSSr. 1915 p. 388 n. 2 uno scritto di NIEDERMEYER, che naturalmente non mi fu dato vedere.

In uno Stato forte e bene ordinato, la ragion fattasi non può essere che un fenomeno sporadico: assume invece proporzioni allarmanti quando, in periodi torbidi e violenti, l'amministrazione della giustizia si rivela impari al bisogno, come appunto avvenne nel basso impero. I compilatori giustiniani ci avvertono ripetutamente che è oramai questo il rimedio fondamentale ¹⁾: ma non mostrano di avvertire – e anche questo è un indice della poca chiarezza d'idee – che questo rimedio non è affatto possessorio nè nei suoi presupposti nè nella sua funzione.

Quanto alla *condictio possessionis*, credo io pure col BONFANTE ²⁾ che a rigore di logica non si tratti di una figura autonoma ma di singole applicazioni di alcuna delle *condictiones* tipiche: e credo anche che i testi in cui queste applicazioni sono formulate siano largamente interpolati ³⁾, e rappresentino una delle molte estensioni date dai compilatori alla *condictio*. Ma anche qui è certo che, sebbene questa così detta *condictio possessionis* non sia, nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze, un vero rimedio possessorio, pur si ravvisa la solita tendenza di intensificare la tutela del possesso – sia pure non direttamente, ma nel suo valore patrimoniale ⁴⁾ – così come si tutelano i diritti: e, poichè il presupposto generale dell'applicazione della *condictio* è pur sempre la mancanza di una *iusta causa* che legittimi l'intervento patrimoniale ⁵⁾, l'applicazione della *condictio* come tutela indiretta del possesso anche in casi nei quali non sarebbe giovato l'*unde vi* ⁶⁾ rappresenta un passo non trascurabile verso il ricono-

¹⁾ § 1 4. 2; § 6 I 4. 15 e THEOPH. *ibid.* (ἀλλὰ ταῦτα μὲν οἱ παλαιοί... αἱ δὲ διατάξεις...) v. anche l'itp. in l. 2 § 18 D. 47. 8 (GOVEANO, DI MARZO), v. RICCONO, *St. Chironi* 1. 393.

²⁾ *Corso di d. romano (Possessio)*, p. 157 e segg.

³⁾ L. 3 D. 13. 2; 25 § 1 D. 47. 2; 15 § 1 D. 12. 6; 19 § 2 D. 43. 26; 12 § 1 D. 13. 4: v. un largo esame da ultimo in ALBERTARIO, *Corso cit.* 2 p. 129 sg.

⁴⁾ Cfr. BRUNS, *Die Besitzklagen des röm. und heut. Rechts*, p. 189.

⁵⁾ Cfr. l. 6 D. 12. 5; 1 § 3 D. 12. 7.

⁶⁾ Un tardo scoliaste – l'AGIOTEODORITA – non dissimula (come già notava il FERRINI, *Pand.* p. 347 nota) il suo imbarazzo di fronte a questa funzione della *condictio*, sebbene – a quanto sembra a me – ne trovi la particolarità non nell'applicazione a casi di perdita del possesso senza *vis*, ma nell'applicazione alla privazione violenta non del possesso vero e proprio, ma della detenzione (ψιλή νομή): cfr. B. 15. 1. 9, *Suppl. ZACH.* p. 6 e *Index STEPHANI ibid.* n. 24 (a. 9 D. 6. 1) B. 60. 12. 25 = 25 § 1 D. 47. 2 (Hb. 5. 475): Ἰδὲ νῦν, ὃ πολλάκις ἐζητήσαζ, ὁποία τις ἐστὶ, καὶ πῶς ὀνομάζεται ἡ περὶ ψιλῆς νομῆς κινουμένη ἀγωγὴ, ἐπὶ τῇ κνητῶν, ἐπὶ τῇ ἀκινήτων. Καὶ ἴδε, ὅτι κονδικτικίως λέγεται. Ὁ μὲν γὰρ ζητῶν νομὴν κατὰ

scimento della tutela del possesso contro qualunque *iniusta causa amissionis*.

L'*unde vi* conserva in realtà il suo carattere possessorio anche con GIUSTINIANO, almeno secondo il diritto ufficiale contenuto nella compilazione: ma, per poco che noi ne proseguiamo lo sviluppo attraverso le fonti bizantine, troviamo questo carattere rapidamente esaurirsi. I vari rimedi contro la violenza, ben distinti nel diritto classico per la loro natura, i loro presupposti, i loro risultati, finiscono a poco a poco a confondersi, e il carattere penale diventa l'elemento unico che acquista rilievo ¹⁾. Nei Basilici, mentre i pochi testi dell'*uti possidetis* occupano un titolo accanto agli altri interdetti (B. 58. 17: *εις τὸ καταρχεῖν νομῆν*), quelli dell'*unde vi* si trovano spostati al libro 60, accanto alle altre azioni penali, in uno stesso titolo insieme con quelli sulla rapina, e immediatamente prima di quello sulla *lex Iulia de vi* (B. 60. 17: *περὶ βιαιῶς πραγμάτων ἀρπαγέντων καὶ περὶ ὀχλαγωγίας καὶ περὶ βίας ἐνόπλου*): per contrario, nel titolo B. 50. 3 sono rimasti i testi del titolo *unde vi* del Codice - dando luogo all'opinione, attestataci da uno scolio, che si tratti di due rimedi distinti ²⁾. Ad ogni modo, il vero rimedio normale è la costituzione di Valentiniano: nel *ποίημα νομικόν* MICHELE ATTALIAATA avverte che in caso di *deiectio* si può avere tanto

βίαν ἀφαιρεθεῖσαν κινεῖ οὐνδε βί. ὅπερ ἐστὶν ἀποκαταστικόν. ὁ δὲ ψιλὴν νομῆν ἀνακαλούμενος, κατὰ βίαν ἀφαιρεθεῖσαν, οὐκ ἔχει τὸ οὐνδε βί: τῶς, ὡς ὁρᾷ ἀπὸ τῶν διγέστων, ἀλλὰ κοινδικτικόν, ὃν οὐδέπου ἐμάχομεν ἀποκαταστικόν ποτε εἶναι, οὐδὲ ἤκούσαμεν. L'*actio de recuperanda possessione* (εις τὸ ἀναλαβεῖν τὴν νομῆν indipendente dall'*unde vi* (ἐγκλημα τῆς βίας) accennata da BALSAMONE (MIONE, *l. gr.* 138 p. 416) nel Comm. al Canone 131 del Concilio Cartaginese va ricondotta all'*a. in factum* data contro i *parentes* e *patroni* dalla l. 1 § 43 D. 43. 16.

¹⁾ Cfr. sopra tutto BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter* p. 93 sg. RUFFINI, *L'actio spolii*, p. 75 sg.; KNIEP, *Vacua possessio* p. 412; RICCOBONO, in *St. per Chironi* 1. p. 393 sg. Per le *leges barbarorum*, oltre BRUNS p. 99 e RUFFINI p. 125, v. CORNIL, in *Mét. Fitting* 1 p. 261 sg.

²⁾ Hb. 5. 572, B. 60. 17. 7 sch. a l. 1 pr. D. 43. 16: su cui BRUNS p. 96; RUFFINI p. 88. La ragione della diversa collocazione mi sfugge, se pure c'è stata, giacché la struttura dei due titoli (B. 50. 3 e 60. 17) è difettosa: p. es. la l. *unica* C. 8 6 *uti possidetis*-figura - raro esempio di duplicazione - nelle due sedi (B. 50. 3. 62 = B. 60. 17. 30). Secondo lo scoliaste i due interdetti sarebbero uno penale e uno no: pare a me - come già al RUOGIERI, *Il possesso* v. 1 p. 13 - che il carattere penale si voglia attribuire a quello del l. 60. 17, soprattutto in ragione della sede: diversamente RUFFINI, *op. cit.* p. 88. 2, per cui penale sarebbe il rimedio delle costituzioni riprodotte in B. 50. 3.

l'*unde vi* che l'azione *ex lege Iulia*, ma che per lo più serve la legge sulla ragion fattasi ¹⁾. E nel tardo Manuale di COSTANTINO ARMENOPULO nel titolo generale (1. 11) *περί ἀνάγκης καὶ βίας* troviamo un'unica ἀγωγή *περί βίας*, nella quale sono malamente fusi i vari rimedi nei quali l'elemento della *vis* figura come presupposto. Ogni violenza deve essere repressa: ma al fatto che la violenza si espliciti nel togliere ad alcuno il possesso non corrisponde una speciale natura possessoria del rimedio relativo.

Non è qui il caso di richiamare quanto abbia influito nell'evoluzione ulteriore in occidente il diritto canonico, su cui le ricerche del BRUNS ²⁾ e del RUFFINI ³⁾ hanno gettato luce: delle varie estensioni operate per merito di esso, quella che rende il rimedio applicabile anche al possesso di diritti personali rispecchia l'ampliamento anti-romano nella sfera d'applicazione del possesso; quella che lo concede anche al semplice detentore ⁴⁾ rinnega il regime romano da cui lo stesso GIUSTINIANO non ha voluto formalmente scostarsi; quella poi che lo concede non solo per lo spoglio violento ma per qualunque *iniusta causa amissionis* rappresenta l'estrema estensione ⁵⁾ di quella tendenza di cui già il diritto giustiniano ci rivela fonti interessanti.

¹⁾ cap. 59 (ed. FREHER, p. 53): τότε γὰρ ὁ δεσπότης τοῦ ἀρπαγέντος ἔχει καὶ τὸ γενικὸν παράγγελμα, ἐφ' ᾧ τὴν νομὴν τοῦ πράγματος ἀναλαβεῖν... ἔχει δὲ καὶ τοὺς Ἰουλίους νόμους... οἱ δὲ δικάσται σήμερον τὰς ἀκρότητας διαφεύγοντες, τό τε εἰς βίαν ἀνενεγκεῖν τὸ γενόμενον διὰ τὸ τραχὺ, καὶ τὸ τὸν βιασθέντα εἰς μόνην δικαιοῦσαι τὴν ἀνάληψιν τῆς νομῆς καὶ τὴν περαισίαν τῆς ζημίας, διὰ τοῦ περὶ ἀναρχίας νόμου τέμνουσι τὴν τοιαύτην ὑπόθεσιν.

²⁾ *Op. cit.* p. 127 sg.

³⁾ *Op. cit.* p. 141 sg.

⁴⁾ Per la tendenza analoga già nei glossatori v. i testi raccolti da BRUNS, *op. cit.* p. 115: cfr. RUFFINI, *op. cit.* p. 254 sg. Il recente *Codex iuris canonici* non fa che consacrare, con lodevole chiarezza, il risultato definitivo dello sviluppo, collo stabilire che la difesa possessoria spetta non solo al possessore ma anche al mero detentore (can. 1694: *non solum possessio sed etiam simplex detentio prae-stat... actionem vel exceptionem possessoriam*).

⁵⁾ Per la storia di questa estensione (qualitercumque et quomodocumque quis amiserit rem) attuata attraverso la cosiddetta *Condictio ex Canone* 'Redintegranda': BRUNS p. 175 sg.; RUFFINI p. 323 sg.: svoltasi - dalle prime radici nei testi dello Pseudo Isidoro - nel Decreto e nella glossa relativa, essa fu sulle prime osteggiata dai decretalisti, che si attenevano ai concetti romani (v. p. es. Innocenzo III, BRUNS p. 178, e Innocenzo IV, BRUNS p. 223), ma finì per ottenere un trionfo definitivo. I suoi rapporti col rimedio romano dell'*unde vi* furono però nella dottrina sempre oscillanti: cfr. RUFFINI, *op. cit.* p. 375 sg.

Quando il rapporto possessorio è tutelato con un'ampiezza così generale, a chiamarlo un vero e proprio diritto non si oppone oramai che la forza della tradizione.

* * *

6. Le ripercussioni delle nuove vedute sulla terminologia del possesso non sono le meno interessanti: esse ci offrono così occasione di vedere il modo con cui i bizantini hanno riprodotto o alterato le categorie classiche, e di spiegare le confusioni che essi vi hanno portato. In realtà, nessuna novità formale hanno introdotto i compilatori giustinianeî e i loro immediati successori: le varie distinzioni formulate dai classici in ordine al possesso sono da essi rispettivamente riferite e tradotte e non ve ne sono aggiunte altre: ma - come era da aspettarsi da gente a cui l'essenza del possesso romano sfugge omai quasi completamente - assistiamo ad una complessa serie di alterazioni e di contaminazioni: delle quali - tranne una - non si è ancora pensato a trar profitto per la più esatta valutazione del nuovo orientamento del possesso bizantino.

La terminologia classica è limpida e univoca: *possessio* - senza bisogno di ulteriore specificazione - designa il rapporto possessorio tipico, quello che è necessario e sufficiente perchè si possa far luogo alla tutela interdittale ¹⁾. Tale possesso - di fronte alla terminologia più evoluta - deve essere *corpore et animo*: perciò di *possessio corpore* si parla per denotare uno degli elementi del possesso: la *possessio animo* (*solo*) ricorre - come formula eccessiva - in quelle fattispecie in cui la realizzazione di fatto del possesso è attenuata ed in certo modo sospesa senza che però l'apprezzamento sociale vi ravvisi una cessazione definitiva. L'altra distinzione tra *possessio civilis* e *possessio naturalis* - oggetto d'infinito controversie - è ora, dal punto di vista del diritto classico, definitivamente chiarita per merito del RICCOBONO ²⁾: *possessio naturalis* è la mera detenzione, per cui la giurisprudenza

¹⁾ Cfr. 9 D. 6. 1, ULP., l. 16 ad Ed.: *possessionem quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi*.

²⁾ ZSSt. 31 (1910) p. 325 sg. (cfr. specialmente p. 338 sg.); BIDR. 23 (1911) p. St. per Chironi l. 373 sg. Su questo punto concorda ALBERTARIO, *La possessio civilis e la p. naturalis* ecc. in *Ftlangleri* 1912 p. 5 e seg. dell'estr.; MITTEIS, ZSSt. 1912 p. 638.

classica non ha una propria designazione normale ¹⁾; *possessio civilis* il possesso che, essendo fondato su una *iusta causa*, genera conseguenze civili, ossia precisamente il possesso *ad usucapionem*: il binomio rappresenta quindi per i classici non una dicotomia esauriente, bensì i due termini estremi di una tricotomia, di cui il termine medio è rappresentato dalla *possessio* senz'altra qualifica che ne abbassi o ne alzi in certo modo il valore.

Iusta ed *iniusta* chiamarono i classici la *possessio* con riferimento al suo momento iniziale, e — in modo prevalente, se non anche assolutamente esclusivo — con riferimento ai tre vizi tipici contemplati dal pretore nell'*exceptio vitiosae possessionis*: è *iusta* qualunque *possessio* che non sia *vi clam* o *precario ab adversario* e che non resti quindi paralizzata di fronte a lui nel meccanismo della procedura interdittale: la qualifica di *possessio iusta* quindi, come tale, ha una portata essenzialmente negativa e relativa e un'importanza che si esaurisce nel campo della difesa pretoria ²⁾.

¹⁾ Nel *Voc. iur. rom.* si trova due volte *detentatio* (15 § 3 D. 4. 6; 5 pr D. 25. 1): cfr. anche Nov. 22 c. 24 (= $\alpha\alpha\tau\epsilon\chi\eta$); IULIANI *Epit.* 7. 5: *detentio* nell'unico testo di ULPIANO (1 § 5 D. 43. 25) è il frutto di un errore e sta per *petitio* (cfr. 16 D. 8. 1).

²⁾ Lo sviluppo della dottrina della *iusta causa* come requisito dell'usucapione ha certamente influito nel turbare il valore originario dell'antitesi, dando alla *p. iusta* un contenuto positivo (v. i testi in HEUMANN-SECKEL⁹ s. v. *iustus*). Ma il valore originario è di gran lunga prevalente: cfr. BONFANTE, *RISG.* 15 (1893) p. 173 n. 1 *Scr. giur.* II p. 482 n. 1: e più decisamente, ora, *ibid.* p. 416, a proposito della l. 7 § 3 D. 6 2. Anche nella L. 11 D. 41. 2 la interpolata dichiarazione generale di PAOLO (l. 65 *ad E.*) che 'iuste possidet qui auctore praetore possidet' andava riferita all'*exc.⁹ vit. poss.* nell'*unde vi* (cfr. LENEL, *Palin.* PAUL. n. 753), e la assoluta equiparazione posta dal PERNICE (*Labeo*² 2. l. 405 sg.) tra *p. iniusta* (di cui la *p. vitiosa* non sarebbe che una sottospecie: *ibid.* p. 414) e *p. ex iniusta causa* si fonda sopra tutto sulla l. 21 D. 4. 1. che abbiamo visto interpolata. Fuori del *Corpus iuris*, *p. iusta* appare con un valore generale solo — per quanto io trovo — in GAIO 2. 95 (si acquista per servos in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem): dove, dal contesto e dal fatto che GAIO mostra ignorare la dottrina della *i. causa*, pare che si voglia alludere al possesso di buona fede. Dal punto di vista normale è *iniusta*, accanto alla *p. vi o clam*, anche la *precaria possessio*, la quale viceversa è dichiarata *iusta* in tre testi, nei quali sarebbe giuocoforza riconoscere a quest'aggettivo un'accezione più larga sebbene diversa da quella di *p. civilis* (così RICCORONO, *ZSSr.* 1910 p. 335): essa sarebbe sempre — secondo i più — *iusta* di fronte ai terzi, *iniusta* di fronte al concedente (cfr. SCIALOJA, *Per l'VIII Cent. di Bologna*, p. 229). Ma io mi domando: a quale scopo pratico poteva esser fatto questo rilievo? Non ai fini interdittali, giacché è notorio che l'*exc.⁹* ha efficacia relativa e che quindi di fronte ai terzi il preca-

Completamente distinta, nei presupposti e negli effetti, è l'altra distinzione tra *possessio bonae fidei* e *malae fidei*, che interessa, come è noto, sopra tutto in tema di usucapione e di acquisto dei frutti.

rista è difeso, come lo è il possessore violento, che pure nessun testo pensa a chiamare 'giusto': non ai fini dell'usucapione (*iusta = ex iusta causa*) perché tutti sanno anzi che il precarista non può usucapire. Io dubito forte della genuinità di quei testi e sottopongo i dubbi al lettore.

1° 7 § 4 D. 10. 3 (ULP. l. 20 *ad E.*). Inter praedones autem hoc iudicium (*comm. div.*) locum non habet, nec si precario possideant locum habebit nec si clam, quia iniusta est possessio ista, praecaria vero iusta quidem sed quae non pergat ad iudicii vigorem.

Il testo ha già sollevato i sospetti del BERGER (*Teilungsklagen*, p. 78) il quale suppone intruso - forse spostato da un altro punto - l'inciso '*nec si precario possideant*'; ma dal puro lato formale converrebbe allora dubitare anche dell'accento alla *possessio clam*, mentre in realtà, come il B. ha sentito, è soltanto la menzione del precario quella che turba, perché ad essa sola si riferisce l'inciso finale nel quale, a parte il '*vigor*' caro a Giustiniano, abbiamo una spiegazione che non spiega nulla. A me pare che, se anche nella prima parte del testo ci fu qualche ritocco o più probabilmente qualche soppressione che ha generato l'andamento così pesante (*locum non habet... locum habebit*, mentre un'espressione più sintetica sarebbe stata anche più naturale), ULPIANO dovesse veramente menzionare tutti e tre i casi dell'*exceptio v. p.* e per tutti e tre dare la giustificazione '*quia iniusta est possessio ista*'. A chi, come forse ai compilatori, il valore puramente relativo di questo carattere ingiusto non è però ben presente, ripugna qualificare così il precario - rapporto che non ha nulla di eticamente riprovevole: il possesso precario non è ingiusto, essi dicono, ma è ugualmente inefficace ai fini del *comm. div. iudicium*: per qual ragione poi, non lo sanno dire.

2° 22 § 1 D. 9. 4, PAUL. l. 18 *ad Ed.* Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident; sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.

Qui il precario è accostato non più (dal punto di vista interdittale) al p. *vi* e *clam*, ma (dal punto di vista della possibilità o meno di usucapire) al possesso del creditore pignoratizio. Ma il testo è interpolato, come rivela il passaggio brusco dal singolare al plurale (*tenetur... possideant...*) e la costruzione all'infinito della seconda parte, dove l'*hos* suppone un *servos* che in tutto il testo non si trova: l'inciso finale, poi, (*si - habeat*) (cfr. già BESELER, *Beitr.* 3 p. 9) non è che una riproduzione quasi letterale dell'altro (*maxime - hominis*) con cui si chiude il paragrafo precedente, dove un largo intervento compilatorio è stato segnalato da tempo (*depositus vel commodatus*) per (*inductae datus*), PERNICE, FERRINI: cfr. DE RUGGIERO in *BIDR.* 19 p. 30; (*domino*) per (*debitore*) ID. *ibid.*: *contra* MANCALEONI, *Filangieri* 1898 p. 672). Va notato che CIRILLO (Hb. 5. 357) fonde nel suo *index* le quattro ipotesi fatte nel *pr.* e nel § 1. Di fronte al tenore dell'editto sulla responsabilità nossale, quel che importava era vedere chi abbia il servo '*in potestate*' (cfr. LENEL, *EP*² p. 154), e il rilievo che la *possessio* del

I bizantini confessano di non avere una terminologia costante per indicare il possesso: si sa che parlano ora di κατοχή (κατέχειν, κατέχεσθαι), ora di νομή (νέμεισθαι). Devo confessare che un largo esame

cred. pign. e del precarista sia *iusta* interessava poco; e se è vero che l' *'opinio domini'* (che ha una sintomatica unica corrispondenza nella *'cogitatio domini'* di GIUSTINIANO, c. 21 § 3 C. 6. 2), per quanto resa da CIRILLO (l. cit.) colla solita ψυχῇ δεσπόζοντος, non è sinonimo di *a. possidendi*, ma allude piuttosto alla buona fede (manca perchè c'è la coscienza di possedere cosa altrui), la giustificazione contrasterebbe colla l. 13 D. h. t., dove logicamente è dichiarato che anche il possessore di mala fede soggiace alla responsabilità nossale.

3º 13 § 1 D. 6. 2., GAIUS l. 7 ad E. prov. Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pigneraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse.

Qui può parere a prima vista meno singolare che la *iusta possessio* ci si presenti nel suo atteggiamento più generale, dal momento che la dottrina della Publiciana ci richiama ai requisiti dell'*usucapio* e in particolare alla *iusta causa*. Ma, a parte qualche elemento formale di dubbio (l'andatura pesante: non solet (!) competere), rimane strano che, dopo aver parlato di *iustae causae* al pr., GAIO chiami *iusta* la *possessio* del creditore pignoratizio e del precarista che all'*usucapione* è notorio che non giovano. La giustificazione finale è però - per il caso deciso - perfettamente adeguata: io credo probabile che ad essa si siano ispirati i compilatori nel formulare quella della l. 22 § 1 D. 9. 4, dove è fuori di luogo. - La recente nota di A. SUMAN, *Iusta et iniusta possessio*, in *Atti del R. Ist. Veneto* v. 76. 2 (1917) p. 1607, che ricevo quando queste mie osservazioni erano già stese, le conferma sostanzialmente: l'esegesi dei tre testi sulla *possessio iusta* del precarista (p. 16 sg. dell'estr.) concorda nelle linee generali, come del resto è naturale. Insistendo giustamente sul valore originario dell'antitesi, egli rileva, oltre il passo di GAIO 2. 96, altri in cui la *p. iusta* si accosta alla *p. bonae fidei* (19 D. 20. 4; 31 § 2 D. 5. 3, dei quali sospetta; 2 C. 7. 36; 18 C. 9. 22; 9 C. 7. 33 di DIOCLEZIANO). Quanto alla *p. iusta = p. ex i. causa*, oltre i tre testi sul precario, il S. ritiene interpolata la l. 7 § 3 D. 6. 2 (p. 16 [cfr. già PACCHIONI, *BIDR* 9 p. 126]), e censura la ricostruzione del RICCOBONO della l. 1 § 9 D. 43. 16 (p. 24), da cui il possesso del coniuge donatario risulterebbe 'ingiusto': io non posso aderire alla ipotesi che questo caso fosse addotto come esempio di possesso *giusto*, giacchè nel ragionamento quel che occorre era un esempio estraneo - per così dire - non uno normale. A me poi sembra che, se si riconosce - in omaggio al testo di GAIO - che già qualche volta è detta *p. iusta* la *p. b. fidei*, non può ripugnare il trovare spunti classici di *p. iusta* nel senso di *p. ex iusta causa*, dove lo sviluppo della teoria dell'*usucapione* può bene avere influito. I tre testi del precario sono anormali precisamente perchè la *possessio* del precarista, come non è *iusta* nel senso originario, di fronte al concedente, così non è neppure *ex i. causa*, in quanto questo requisito si considera ai fini dell'*usucapione*, e nel precario l'*usucapione* è esclusa. Per il valore generale di *iusta possessio (detentio)* si vedano i testi giustinianeî riferiti dal S. p. 21 (l. § 3 C. 7. 31; 8 C. 7. 39).

delle fonti, sì giuridiche che extragiuridiche, non dà risultati assolutamente decisivi sulla posizione rispettiva delle due espressioni. Κατοχή pare il termine più comune — come appare anche dall'avvertenza della l. 1 pr. D. 41. 2: *possessio... quam Graeci κατοχήν dicunt* — e forse anche il più antico ¹⁾; e, poichè a rigore è sinonimo di detenzione, sta ad indicare in particolare ciò che nel possesso vi è di fatto, ossia l'elemento materiale o naturale, la *possessio corpore* ²⁾. Νομή è espressione più tecnica specialmente nei testi che si occupano *ex professo* della materia e non è raro trovarla usata per indicare il possesso come tale di fronte al puro elemento di fatto designato con κατοχή. Così nella nota definizione dell'ANONIMO ³⁾ e dello STEFANO ⁴⁾ divenuta tralatizia ⁵⁾: *κυρίως νομή ἐστὶ ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή*.

La terminologia dei papiri greco-egizi getta poca luce, giacchè nella grande maggioranza dei casi sia νομή che κατοχή appaiono in accezioni specifiche, che non interessano direttamente la terminologia possessoria. In un verbale giudiziario del 121-128 p. Chr. (P. Tebt. 286, l. 7) si trova già l'espressione νομή ἀδίκος = *possessio iniusta*, e anche in qualche altro testo più recente νομή pare usata con valore tecnico ⁶⁾; ma è sintomatico che nel famoso testo sulla *longi temporis praescriptio* la redazione in BGU. 1. 267 parla di νομή (μακρὰς νομῆς παραγραφή...; τοῖς... ἐν νομῇ γενομένοις) mentre quella in P. Strassb. l. 22 usa κατοχή (ἀφορμὴν καὶ βραχέϊαν δικαίαν κατοχῆς). Nelle fonti giuridiche bizantine l'antitesi sopra accennata è spesso palese.

¹⁾ Già lo notava il BRUNS, *op. cit.* p. 130 n. 1, sebbene non sia questo il punto da lui direttamente trattato. Nel *SC de Asclepiad.* dell'a. 78 a. C. lin. 17, la formula 'ἐχῶσιν, διακατέχουσιν, καρπεύονται' corrisponde a 'habeant, possideant, fruantur'. V. invece, p. es., P. Flor. n. 294 l. 78 (νομῇ καὶ χρήσει καὶ δεσποτ[είᾳ]), in un documento del VI secolo. Si avverta che nelle fonti greche la *bonorum possessio* è costantemente resa con διακατοχή, mentre κληρονόμος è l'erede. Merita pure di essere avvertito che in più luoghi della versione del Nuovo Testamento S. Girolamo traduce κληρονομεῖν con *possidere* (cfr. MATTH. 5. 4; 19. 29; LUC. 10. 25).

²⁾ La κατάρσεις — forma etimologicamente connessa a κατοχή — nella versione greca di *Levit.* 25. 24 era reso nell'Italia con *detentio*, con *possessio* nella *Vulgata*.

³⁾ ZACH. *Suppl.* p. 53 sch. 25 Ἄνων. (a l. 3 § 15 D. 10. 4.

⁴⁾ B. 15. 1. 9 sch. 28 STEPH. (a l. 9 D. 6. 1), ZACHARIAE *Suppl.* p. 7.

⁵⁾ B. 50. 2. 61 (lib. 5. 54); cfr. HARMENOP. 2. l. 4.

⁶⁾ Cfr. P. Oxy. 1468 (a. 258 p. Chr.) l. 16: τὴν δεσποτείαν καὶ τὴν νομὴν ἔχειν; P. gr. eg. 294 (VI secolo) l. 78: νομῇ καὶ χρήσει καὶ δεσποτείᾳ.

Così nella Parafrasi Teofilina parecchi passi, specialmente in quanto contrappongono il possesso (νομή) del *paterfamilias* e del *dominus* alla detenzione (κατοχή) esercitata per lui dalla persona soggetta. Così:

2. 9. 3: il *dominus* usucapisce διὰ τῆς αὐτοῦ κατοχῆς (del servo);

2. 9. 4: si acquista la νομή mediante il *servus fructuarius* o il *liber b. f. serviens* che κατέχουσιν;

4. 15. 5: ἐκείνων γάρ (le persone soggette) κατοχομένων φυσικῶς, ἐγὼ τῇ νόμῳ νέμομαι...; δύνασθαι νομήν παρακατέχειν δι' ἑτέρου, ὅς ἐμοῦ ὀνόματι ἐστὶν ἐν κατοχῇ.

Così lo stesso TEOFILO in un passo già riferito (4. 15. 5) parla di ψυχῇ... νομῇ nei casi in cui non c'è nessuno ἐν κατοχῇ τοῦ πράγματος. E in un altro passo molto significativo (3. 29. 2) distingue tra κρατεῖν (= φυσικῶς κατέχειν) e νέμεσθαι (= ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν).

Viceversa non mancano i casi in cui il possesso vero e proprio sia indicato con κατοχή: cfr. p. es. 2. 1. 40; 4. 15. 3; o che νομή indichi anche casi di pura detenzione, come in 4. 1. 1: τὸ δοθὲν ἐπὶ τὸ νέμεσθαι ὡς ἐνέχυρον ἢ ὡς *depositus*: o che i due termini si scambino, come in 2. 9 pr. νομήν ἤτοι κατοχήν ¹⁾ o nella definizione (4. 15 pr.) νομή ἐστὶ σωματικῶς πράγματος κατοχή.

Anche nei Basilici le oscillazioni non sono rare ²⁾: va però anche qui osservato che νομή, che è il termine tecnico e più frequente, è senz'altro preferito in tutti quei casi in cui del possesso non si considera il lato puramente materiale, o quando si parla non della *possessio rei*, ma del quasi possesso dei diritti ³⁾ o del possesso di stato ⁴⁾.

¹⁾ Il carattere glossematico della seconda espressione - avvertito dal FERRINI *ad h. l. (contra)*, ma senza addurre motivi, ALBERTARIO. *Appunti per una critica della terminologia del possesso* (Pavia 1915) p. 4) - conferma l'impressione che κατοχή sia il termine più conforme all'uso comune.

²⁾ Alcuni casi in cui νομή è detto della mera detenzione v. in ALBERTARIO, *Appunti cit.* p. 5.

³⁾ Ὡς πρὸς in TEOFILO 4. 15 pr. Parecchi dei testi fondamentali in materia non hanno esatta corrispondenza nei Basilici: l'AGIOTEODORITA (Hb. 5. 586, sch. 24 [a l. 3 § 6 D. 43. 16]) parla, a proposito dell'usufrutto, di νομή: così anche in Hb. 5. 193 n. w (dal Tipucito: cfr. 20 D. 8. 1); 2. 199 (per 3 D. 7. 6).

⁴⁾ Così p. es. *possessio libertatis, p. servitutis* è sempre reso con νομή: cfr. B. 48. 8. 1 sch. a l D. 40. 12, Hb. 4. 725; 48. 8. 10, 11b. 4. 77 (= 10 D. 60. 12); 48. 8. 28 (Hb. 4. 729 = 28 D. 40. 12); 48. 8. 41 (Hb. 4. 732 = 41 D. 40. 12); 48. 4. 26 sch. 1, Hb. 4. 665; 48. 22. 7, Hb. 4. 786.

Tipica è in STEFANO la distinzione tra la νομή, che fa luogo alla tutela interdittale, e la condizione τοῦ φυσικῶς ἢ πρακτικῶς ἔχοντος κατοχὴν come - secondo l'esemplificazione - il depositario, il commodatario, il *missus in possessionem* ¹⁾. Altrove lo stesso autore, conservando la terminologia latina, contrappone il ποσέσσωρ al κατέχων ²⁾. E - sebbene con deviazioni sempre assai gravi - lo stesso rapporto sembra mantenersi nelle fonti più tarde ³⁾.

Possesso vero e proprio (κυρίως) è quello *animo et corpore*: ma la prevalenza dogmatica e pratica assegnata all'elemento dell'*animus*, combinata coll'altra tendenza a considerare il possesso - in quanto fonte di effetti giuridici - alla stregua degli altri diritti, porta al risultato di restringere la qualifica di *res facti* all'elemento corporale e di incentrare invece nell'*animus* la qualifica strettamente giuridica; il possesso è *res facti* dal punto di vista della detenzione; *res iuris* dal punto di vista dell'*animus*. Di qui l'antitesi, assolutamente incongrua dal punto di vista classico, tra la *possessio quae corpore* e *quae iure consistit* nella l. 10 C. 7. 37: e la medesima antitesi testuale *iure - corpore* si ritrova, a proposito di possesso, in un passo di S. AGOSTINO, dove per altro il contesto mi induce a credere che si voglia alludere non già ai due elementi del possesso bensì all'antitesi tra possesso e proprietà ⁴⁾.

Chi ritiene ⁵⁾ che nelle fonti *possessio naturalis* sia in antitesi non a *possessio civilis*, ma a *possessio animo* non ha certamente ragione dal punto di vista testuale: ma è innegabile che la tendenza giustiniana - su cui ha energicamente insistito il RICCOBONO - sarebbe proprio

¹⁾ ZACHARIAE *Suppl.* p. 6, sch. 24 (STEPH. *Index* a l. 9 D. 6. 1). Il testo dei Basilici (*ibid.*) parla in questi casi di ψιλὴ νομή: altrove l'ANONIMO (*ibid.* p. 26, sch. 127 a l. 50 D. *eod.*) parla di φυσικὴ κατοχή.

²⁾ ZACHARIAE, *Suppl.* p. 16 sch. 77 (STEPH. *Index* a l. 21 D. 6. 1).

³⁾ Per TEODORO BALSAMONE v. *Atti Acc. Torino* cit. p. 862; DEMETRIO COMAZIANO sembra preferire κατοχή, sebbene anche νομή ricorra con frequenza, e spesso i due termini si scambino: cfr. p. es. c. 69 (ed. PITRA *cit.* p. 263): εἰς ἀσφάλειαν τῆς κατοχῆς καὶ νομῆς.

⁴⁾ *De vita et moribus clericorum serm.* 2 c. 4 (V. GAUME v. 21 p. 358): quia exiguum est quod videtur possidere, *iure non corpore* [giustamente gli edd. invertono: c. non i.] reliquerat illud, et ab eius fratribus tenebatur. L'ALIBRANDI, che cita il passo (*Opp.* I. 237), non avverte la necessità dell'inversione: Faustino aveva di fatto lasciato il possesso ai fratelli senza operare il trasferimento legale.

⁵⁾ Così LAST, in *Jher. Jahrb.* 62 (1913) p. 9.

di considerare come *possessio civilis* qualunque caso di possesso vero e proprio, intendendo come *civilis* il possesso quando genera effetti giuridici, senza più limitare la designazione al caso in cui c'è l'effetto « civile » tipico, ossia l'usucapione.

Così mi par certo che, nell'inciso interpolato della l. 7 § 1 D. 10. 4 ¹⁾, il *possidere* "*civiliter*," è detto del possesso in genere, in antitesi alla mera detenzione, e che nei testi in cui si nega che il *servus* possiede *civiliter* (24 D. 41. 2 ²⁾; 38 § 7 D. 45. 1 ³⁾) si vuol negare senz'altro che il servo possiede, riconoscendogli solo la mera detenzione (*naturaliter tamen*). Ma d'altra parte non vi sono testi i quali perentoriamente affermino che si ha *possessio civilis* e non *possessio naturalis* in casi in cui, pur essendo esclusa l'usucapione, esiste la tutela interdittale ⁴⁾, mentre per converso io devo riconoscere coll'ALBERTARIO ⁵⁾ che vi sono dei testi in cui l'espressione *possessio naturalis* va riferita a casi di possesso vero e proprio, casi che, di fronte alla terminologia classica per cui *possessio naturalis* è sempre e solo la detenzione, non possono essere che, il frutto di interpolazioni, le quali denotano la mancanza nei compilatori di un costante criterio discreitivo tra i due termini di quell'antitesi, divenuta per essi esauriente. Tali sono il caso del coniuge donatario nella l. 1 § 9 D. 43. 16, testo di cui il RICCOBONO ha felicemente ricostruito il dettato originale ⁶⁾; quello del creditore pignoratizio nella l. 3 § 15 D. 13. 4 ⁷⁾, a cui va aggiunta la l. 40

¹⁾ Cfr. RICCOBONO, ZSSl. 1910 p. 253 (itp. '*tunc-civiliter*': più larga interpolazione ('*quamvis-possideas*') ammettono, senza necessità, BESELER Beitr. 1.26 e ALBERTARIO, *La p. civ. e la p. nat., cit.*, p. 18 estr.: contra RICCOBONO, *St. Chironi* 1, 383 n. 1. Il testo pare notevole a favore del RICCOBONO anche al BONFANTE, *Istit.* ⁵ p. 237 n. 1).

²⁾ Cfr. RICCOBONO ZSSl. 1910 p. 356 itp. (*sint-possidere*): per il resto v. retro al c. 2 § 4.

³⁾ Cfr. RICCOBONO, ZSSl. 1910 p. 361: itp. (*licet-dubitat*).

⁴⁾ Le leggi 11 e 53 D. 41. 1, da cima a fondo rimaneggiate (RICCOBONO, ZSSl. 1910 p. 366), a me non paiono decisive in nessuno dei due sensi.

⁵⁾ *La p. civilis e la p. naturalis nelle fonti giustinianee e bizantine*, in *Fittangieri* 1912, 380 sg.; *Appunti per una critica sulla terminologia del possesso*, Pavia 1915; *La terminologia del possesso nella compilazione giustinianea e nelle fonti bizantine*, in *BIDR.* 27 (1915) p. 275 sg.

⁶⁾ ZSSl. 1910. 342 sg.: con felice confronto con PAUL. *Sent.* 5. 6. 5-7 si dimostra che nel testo classico l'antitesi era tra *p. iusta* ed *iniusta*, con riguardo all'*exemptio* allora ancora esistente nell'*unde vi*, e da GIUSTINIANO soppressa.

⁷⁾ Cfr. RICCOBONO, ZSSl. 1910. 349, itp. (*non-possessioni*).

§ 2 D. 13. 7, dove *possessio corporalis* ha l'identico valore ¹⁾; quello del precarista nella l. 22, § 1 D. 43. 26 ²⁾, che data la insistenza della terminologia strettamente possessoria io non so riferire a quei casi in cui il precarista è mero detentore.

Trattandosi di una applicazione che non è quella classica, a me ripugna pensare che in tutti o in alcuni di quei testi ci troviamo di fronte a delle distrazioni dei compilatori. Piuttosto io sono d'avviso che questa innegabile incoerenza terminologica non sia del tutto inspiegabile e che vada ricondotta non alla semplice preoccupazione dottrinale di mantenere distinti gli effetti civili e gli effetti pretori del possesso ³⁾, ma a quelle correnti di pensiero che ho messo in luce nel corso di questa esposizione. Va rilevato — e il rilievo mi pare assai importante — che i casi di possesso vero e proprio (*possessio ad interdicta*) che nei testi interpolati si designano come *possessio naturalis* hanno tutti qualche cosa di anomalo. Nè si tratta semplicemente di quella minor pienezza di effetti che dipende dal non poter condurre all'usucapione: nessun testo del *Corpus iuris* qualifica, per quanto io so, come *possessio naturalis* il possesso del ladro o del predone, ed in genere il possesso di mala fede, casi in cui è evidente la mancanza degli effetti civili, ma è del pari fuor di discussione, e perfettamente normale, l'applicazione della tutela interdittale. Invece i casi del precarista e del creditore pignoratizio sono — dal punto di vista strettamente possessorio — figure notoriamente anomale, e l'anomalia, non dissimulata già dai classici, è naturalmente più viva nel sistema giustiniano, di fronte alla preponderanza e al nuovo atteggiamento dell'*animus*, che è proprio l'elemento di cui in quelle due figure è più imbarazzante la determinazione. E anche il possesso del coniuge donatario non è soltanto un possesso senza giusta causa che non conduce all'usucapione, ma è una figura in cui le fonti conservano naturali

¹⁾ ALBERTARIO, *La p. civilis ecc.* p. 19 estr., cfr. *Corso di d. rom. cit.* l. p. 201, crede itp. (*corporalis*): io piuttosto tutto l'inciso (*quae corporalis apud eum fuit*). In senso recisamente contrario RICCOBONO, *St. Chironi* l. p. 421 sg. il quale ritiene (p. 423) che colla estinzione del pegno in seguito a pagamento il creditore pignoratizio sia divenuto *mero detentore* della cosa: opinione che non saprei condividere.

²⁾ Cfr. ALBERTARIO, *La p. civilis ecc.* p. 19 estr.; *contra* RICCOBONO, *St. Chironi* l. p. 417, e di NUOVO ALBERTARIO, *La terminologia ecc.*, p. 23 estr.

³⁾ Così pensa ALBERTARIO, *La p. civilis ecc.* p. 24 e seg. estr.

tracce di aspri dissensi, i quali attestano che la esistenza stessa del possesso, anche ai fini interdittali, era tutt'altro che pacifica ¹⁾.

A me pare - in argomento simile ogni affermazione va circondata di riserve - che la sostituzione alla tricotomia classica (*possessio naturalis* - *possessio* - *possessio civilis*) di una dicotomia (*possessio naturalis* - *possessio civilis*) abbia generato una oscillazione nella portata dei singoli termini: e che in ispecie con *possessio naturalis* i bizantini vogliano mettere in evidenza la circostanza che nel rapporto possessorio, perfetto dal punto di vista di fatto, c'è qualche manchevolezza nelle conseguenze giuridiche: sia che - come già per i classici - si tratti di mera detenzione in antitesi al possesso, sia che si tratti di possesso interdittale anomalo in antitesi alle figure normali ²⁾. Nelle fonti bizantine, se talora la tricotomia classica è nettamente riprodotta, per lo più è riprodotta la terminologia giustiniana colle relative oscillazioni, designando come φυσική νομή tanto casi di detenzione quanto casi di vero possesso interdittale ³⁾.

Le aberrazioni terminologiche non si arrestano qui. La tendenza generale di trattare il possesso come un diritto, e particolarmente quella di limitare la possibilità di perdita del possesso senza volontà del titolare ossia di ritenerlo conservato *solo animo* quando esso come rapporto di fatto è venuto a mancare, ma non in base a una causa che ne giustifichi la perdita, determina nuovi accostamenti e nuove confusioni nella terminologia. Già la tendenza giustiniana - or ora

¹⁾ Cfr. l. 1 § 2 D. 41. 6 (PAUL.): possidere... uxorem rem a viro donatam Iulianus putat; cfr. ULP. 13 § 1 D. 5. 3 (per l'itp. v. RICCOBONO, *ZSSSt.* 1910 p. 331 n. 4); 46 D. 24. 1 ULP. l. 72 ad E. (inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est); PAOLO nega la *possessio* soltanto iure civili (26 D. 24. 1) ma ammette che *plebrique putant* possidere eam (l. § 4 D. 41. 2). I dubbi dei classici andavano dunque assai più in là del problema specifico della buona e della mala fede (a me sembra restringerli PERNICE, *Labeo* ² l. 409). Su questo punto v. le osservazioni di FITTING, in *St. per Brugi* p. 239 sg.: lo scritto, anteriore all'esegesi del Riccobono, non distingue ancora nel vessato problema il punto di vista classico da quello giustiniano.

²⁾ Per es. in B. 15. 4. 3 sch. 25 Ἀνωτ. Suppl. ZACHARIAE, p. 53: νομαὶ ἐννομοὶ καὶ πολιτικαὶ (ad usucapionem), μόνον ἐννομοὶ (ad interdicta), φυσικαὶ (detenzione): cfr. in sch. 24 STEPH. *ibid.* a l. 9 D. 6. 1 *ibid.* p. 6 e B. 60. 17. 73 sch. 12 (Hb. 5. 574) a l. 1 § 9 D. 43. 16 εἴτε ἐννόμως, εἴτε πολιτικῶς, εἴτε φυσικῶς.

³⁾ V. l'esame - in senso contraddittorio - di queste fonti, in RICCOBONO, *ZSSSt.* 1910 p. 367 sg. e più largamente *St. Chironi* l p. 391 sg., e ALBERTARIO, *La p. civilis* ecc., p. 20 e sg. estr.

accennata - a considerare come *possessio naturalis*, accanto alla detenzione, alcuni casi di possesso che appaiono meno giustificati di quelli normali, può ricondursi a quest'ordine d'idee: e deve ricondursi l'antitesi - manifestamente incongrua - tra *possessio corporalis* e *possessio iusta* interpolata, come si è visto, nella l. 24 D. 41. 2¹). Più caratteristiche sono le idee espresse o sottintese nella l. 10 C. 7. 32.

Imp. Constantinus A. ad Maternum (a. 314). Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam cum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur: interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intelligi possessorem qui, licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

Se il testo fosse scritto da un classico, le considerazioni già svolte mostrano chiaro che la *duplex ratio possessionis - quae iure et quae corpore consistit* - non si potrebbe affatto riferire all'antitesi tra *possessio animo* e *possessio corpore* ²); eppure è questo sicuramente il senso che alla costituzione danno i bizantini ³); e il solo - si noti - che si concilia colla decisione finale, per la quale dalla *interpellatio* consegue

non posse eum intelligi possessorem qui, licet corpore teneat, tamen... super iure possessionis vacillet ac dubitet.

L'*interpellatio* - dice il testo a chi lo interpreti senza preconcetti - fa sì che il possessore non possa più considerarsi tale, ma diventi un

¹) V. retro al cap. 2 § 4.

²) VASSALLI, *Miscell. critica* II p. 39 crede interpolato l'inciso (*possessionis - firmatur*). Siamo però già a Costantino. E in ogni modo la parte più grave del testo è, per me, la seconda.

³) Cfr. B. 50. 2. 61, Hb. 5. 54: νομή ἐστὶ φυσικῶς ἢ τοῦ πράγματος κατοχή, κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστὶ ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. Τότε οὖν λέγομέν τινα νέμεσθαι, καὶ ἔχειν τὰ τῆς νομῆς ἀποτελέσματα, ὅτε μηδεὶς διάδικος αὐτῷ παρενοχλήσῃ, ἀλλὰ πάντων σωπώντων βεβαιωθῇ ἡ νομή· τινῶν δὲ ἀντιλεγόντων, εἰ καὶ σώματι νέμεται, ὅμως κατὰ νόμον οὐ νέμεται, ἀλλ' ἀφ' οὗ γίνηται προκάταρξις, οὐκ ἔστιν ἀσφαλὴς ἡ νομή. Il testo è riprodotto, con lievi varianti e uno spostamento finale dovuto ad errori, da DEMETRIO COMAZIANO cap. 59 (ed. PITRA p. 266).

mero detentore: lascia cioè sopravvivere l'elemento di fatto ma fa cessare quell'altro elemento – che non è se non l'*animus* – da cui l'elemento di fatto si trasforma in vero possesso.

In realtà l'*interpellatio* non tocca menomamente nè l'uno né l'altro degli elementi del possesso: come lascia sopravvivere la *possessio corpore* così non ha, come è chiaro, nessuna influenza sull'*animus possidendi*: soltanto essa farà sì, dal punto di vista nuovo ¹⁾, che il possesso si trasformi in possesso di mala fede ²⁾ colle conseguenze relative. Ma una distinzione così elementare è affatto obliterata nel testo: la *interpellatio* fa sì che la *possessio* non è più *legitima* ³⁾ e quindi – con un salto logico evidente – non può affatto dal diritto essere presa in considerazione: la limitazione, che sarebbe indispensabile, alla conseguenza specifica della *l. t. p.* è del tutto trascurata. La confusione è anche più patente nella versione bizantina che ho riferito: dopo la *interpellatio* il titolare σώματι νέμεται ma κατὰ νόμον οὐ νέμεται: la distinzione tra la tutela civile – che nel caso era veramente da escludere – e quella pretoria è messa da parte, e, in quanto il possesso è eticamente riprovevole, il suo valore giuridico è, in blocco, negato.

Più esplicito – nella generalità della formulazione – è un testo della *Synopsis minor* (ϕ. 4 [ZACHARIAE, *Ius gr. rom.* 2, p. 263]), il quale rincara la dose affermando che quando si possiede senza giusta causa non ci può essere l'*animus possidendi*, e che quindi ogni possesso ingiusto va messo sulla stessa linea della mera detenzione:

πολλάκις γὰρ νερόμεθα τῷ σώματι, ἀλλ' οὐ τῇ ψυχῇ, οἷον ὅταν μὴ κατὰ δίκαιον λόγον μηδὲ ὡς δεσπόται νερόμεθα, ἀλλὰ ἀδίκως ἢ κατὰ μίσθωσιν ἢ ἄλλῃ τοιοῦτῃ τρέπῃ τινί...

E più oltre:

ὅτε δὲ κατὰ ψυχῇ, ἤγουν κατὰ δίκαιον λόγον καὶ κατὰ δεσποτείαν τοῦ πράγματος...

¹⁾ Cfr. MESSINA VITRANO, *BIDR.* 20. 230 sg., il quale però crede di trovare in questo testo ancora un'applicazione del concetto classico.

²⁾ C'è la *scientia malae possessionis*: cfr. C. Th. 4. 18. 1 = C. J. 7. 51. 2.

³⁾ Sarà da ricondurre a quest'ordine di idee la distinzione che apparisce come fondamentale nel diritto volgare siro-romano attraverso il *Corpus iuris* di JESU-BOCHT (6. 4: SACHAU, *Syr. röm. Rechtsbücher* 3 p. 191) tra possesso 'conforme al diritto' in quanto è notorio e possesso dubbio?

Vero possesso *animo* sarebbe quindi solo il possesso giusto ¹⁾ ossia - oramai - *ex iusta causa* e tale da condurre all'usucapione (κατά δεσποτείαν): per contrapposto diventa semplice possesso naturale non solo un possesso che abbia qualche cosa di anormale dal punto di vista possessorio - come i pochi casi così qualificati da GIUSTINIANO - ma il possesso di mala fede. Così in un testo ²⁾ ove i bizantini elaborano la famosa l. 1 § 9 D. 43. 16:

B. 60. 17. 7 sch. 14 (Hb. 5. 574)... πολιτικῶς] ὥς ἐξ ἀγοράσεως ἢ θωρεᾶς, φυσικῶς νερόμενος, ὥς ὁ κακῇ πίστει νομεῦς· ὁ γὰρ πολιτικός νόμος τὴν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομὴν (ὁ τὸν τοιοῦτον ο. ἐ. νομέα).

Si noti come così « contaminate » le varie distinzioni classiche ³⁾ e ridotte a una grande antitesi generale tra possesso giustificato e con pienezza d'effetti, e possesso non giustificato e senza effetti giuridici, ciò che ne va di mezzo è il vero e proprio possesso romano. Mentre da un lato si abbassa al grado di semplice νομή σωματική ο φυσική tanto il depositario e il commodatario quanto il creditore pignoratizio,

¹⁾ Δικαία νομή. CIRILLO al contrario (B. 60. 5. 22. 1, sch. 1 a l. 22 pr. D. 9. 4), attribuiva senza scrupolo la δικαία νομή al depositario ed al commodatario, in quanto il rapporto in cui si trovano colla cosa (abusivamente chiamato νομή) era eticamente giustificato. E, in realtà, non per altra ragione chiamano « giusto » i compilatori il possesso del precarista in tre testi interpolati.

²⁾ Citato già da BRUNS, *op. cit.* p. 27. La lezione κακῇ π. sostenuta dall'ARNDTS e dal RUDORFF e accolta anche dal RUFFINI (*op. cit.* p. 92) mi sembra indubbiamente da preferirsi: in senso contrario v. RUOGIERI, *Il possesso* v. 1 p. 12: possederebbe φυσικῶς anche il possessore di buona fede, in quanto, se non c'è giusta causa reale, non può usucapire. Ma per dir questo il passo dovrebbe avere un andamento diverso (ὁ ἄνευ δικαίας αἰτίας, εἰ καὶ καλῇ πιστεῖ, o simili): senza dire che, come io ho dimostrato, i bizantini non sono per nulla teneri del requisito della giusta causa reale.

³⁾ Una confusione - sebbene meno erronea - fa il tardo canonista ZONARA quando, commentando il canone 17 del Concilio di Calcedonia sull'usucapione delle giurisdizioni episcopali, confonde tra possesso *sine vi*, p. *bona fide*, p. *ex iusta causa*: ed. MIGNE, *Patr. gr.* v. 137 p. 453... ἀβιάστως, τοῦτέστι μὴ τίνα βιάσμενοι, καλῇ δὲ πίστει, ἥτοι χωρὶς τινος ἀόικτου αἰτίας. Questa confusione tra i vizi tipici del possesso e la mala fede, di cui quelli non sono affatto un presupposto necessario, non è però esclusivamente bizantina, nè postgiustiniana: già nel quarto secolo DONATO, così commenta il verso di TERENCE (Enn. 2. 3. 28) che riferisce la clausola « vel vi vel clam vel precario »: *secundum ius locutus est: nam his tribus mala fide aliquā possidetur*.

il coniuge donatario ¹⁾, il possessore di mala fede, dall'altro lato si riconosce la ψυχὴ δεσπόζοντος solo al possessore *ad usucapionem*! Il che non avviene senza una ragione: se l'*animus possidendi* e – qualora si fosse continuato a intenderla rettamente – anche la ψυχὴ δεσπόζοντος bizantina prescinde da ogni giustificazione etica del possesso (l'ha, indiscutibilmente, anche il ladro e il predone), la *cogitatio domini* di GIUSTINIANO, la *opinio domini*, la ψυχὴ δεσπότου, a rigore non può riconoscersi che al possessore di buona fede ²⁾.

Questa generale coloritura, per dir così, « di diritto », che assume così il possesso quando lo si considera non dal punto di vista del rapporto materiale, ma da quello dell'*animus*, si ripercuote anche sul modo con cui qualche fonte tarda cerca di determinare il concetto stesso di « *possessio* » « *possidere* » di fronte ad espressioni analoghe. È noto, per esempio, che in testi antichi *habere*, *tenere*, *possidere* si usano non di rado l'uno accanto all'altro quasi sinonimi ³⁾. Perfezionatasi la terminologia, e meglio determinato il pregno valore della *possessio* romana, *habere* rimane l'espressione più incolore, che designa tanto il possessore – sia o no *dominus* – quanto il semplice detentore ⁴⁾: il *possidere* è caratterizzato – come i Romani sentono vivamente – dalla natura sua di signoria indipendente e dall'intenzione che ad essa corrisponde. Il criterio dell'esistenza o meno di una legittimazione etica non ci ha nulla a vedere: si può ben avere la cosa per causa ingiusta od in mala fede, ed essere ciò non ostante possessore. Si veda ora come è spiegata l'antitesi nel trattatello *de differentiis* falsamente attribuito a CORNELIO FRONTONE, e opera invece della bassa latinità ⁵⁾:

Habere et possidere. Habere potest etiam fur nequam; possidet nemo nisi qui aut relictæ aut donatæ rei aut emptæ dominus est.

¹⁾ Cfr. *Suppl. ZACHARIAE*, p. 3, sch. 25 Ἄνωγ. e *Epist.* 2. 18 (ZACHARIAE, *I. gr. rom.* 2. 297) riferiti da ALBERTARIO, *Poss. civilis ecc.* p. 23 estr.; *Appunti cit.* p. 3.

²⁾ Cfr. ALIBRANDI, *Opp.* 1. 229 n. 2. L'antitesi posta dal RUFFINI, *A. spoli* p. 81 tra l'*a. possidendi* e la ψ. δεσπόζοντος non mi pare quindi di per sè giustificata.

³⁾ Cfr. per es. *Decretum L. Aem. Pauli* a. 189 a. C. lin. 6; *Lex Agraria* a. 111 a. C. lin. 11 e *alibi*; *Sc. de Asclepiad.*, a. 78 a. C. l. 17 e altre indicazioni in VOGT, *Ius naturale*, v. 4 p. 496.

⁴⁾ Cfr. l. 2 § 38 D. 43. 8 (itp. VASSALLI, *Miscell. critica* II p. 43 estr.); 38 § 9 D. 45. 1.

⁵⁾ KEIL, *Gramm. latini* ⁷ p. 524.

Possiede solo chi ha il diritto di possedere ¹⁾: il ladro non possiede perchè il suo possesso non è giustificato e perciò non merita considerazione dal diritto. Chi l'avesse detto al tardo grammatico che il pretore romano non aveva affatto scrupolo a riconoscere ed a proteggere anche il possesso del ladro! Ma dove è andato a finire oramai il possesso romano?

*
* * *

7. Non è mia intenzione esaminare lo sviluppo del concetto e del regime del possesso in occidente dalla glossa alla codificazione. L'opera insigne del BRUNS ²⁾ ha disegnato nelle sue grandi linee questa complessa evoluzione, mettendo in evidenza le influenze eterogenee che vi hanno contribuito ³⁾: un punto specifico - quello dell'antitesi tra *possessio naturalis* e *possessio civilis* - è stato anche recentemente preso in esame ⁴⁾. A me basta qui mettere in luce come le tendenze nuove che in materia di possesso animano la legislazione giustiniana abbiano trovato un terreno favorevole e come parecchi degli sviluppi più notevoli e apparentemente più anormali presentati dal diritto comune e dal moderno vadano ad essa direttamente ricondotti.

Nella terminologia come nelle vedute generali è sorprendente il parallelismo con quanto abbiamo testè veduto nei bizantini: e poichè qui non è certamente da supporre un'influenza delle tarde scuole di oriente sui dottori occidentali, la coincidenza prova che di queste elaborazioni parallele i germi erano già contenuti nel *Corpus Iuris* e che tanto gli scolasti e i commentatori bizantini quanto i glossatori di Bologna e i loro successori hanno bene assolto il loro compito di svi-

¹⁾ Va forse confrontato un passo della *Synopsis Minor*, §. 6 (ZACHARIAE, *Ius gr. rom.* 2 p. 263): *Κάν γάρ μή νομόμενα τὸ πρᾶγμα, εἰς ὃ ἔχομεν δίκαιον, ἀλλὰ τῇ ψυχῇ νομέσθαι: δοκοῦμεν αὐτό, καὶ τὸ ἐπ' αὐτῷ δίκαιον περισώζειν οὐνάμενα.*

²⁾ *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen 1848.

³⁾ L'influenza del diritto canonico è stata largamente riconosciuta e, quanto al diritto germanico, la *Gewere* è qualche cosa di profondamente diverso dal possesso romano (v. un minuto esame delle dottrine relative in FINZI, *op. cit.* p. 154 sg.): anzi, all'influenza di questi concetti germanistici la dottrina moderna - specialmente tedesca - deve una buona parte delle sue aberrazioni in materia di possesso.

⁴⁾ RICCOBONO, in *St. per Chironi* 1 p. 403 sg.

luppate quanto nei testi del Digesto e del Codice era — spesso per opera di interpolazioni — soltanto adombrato.

Quando i glossatori, e con loro una gran parte degli scrittori del diritto comune, chiamano *possessio civilis* la *possessio animo* e *possessio naturalis* la *possessio corpore*¹⁾, non fanno che accentuare sempre più il concetto secondo cui ciò che caratterizza il possesso ai fini del suo riconoscimento giuridico è l'*animus*, e finchè questo esiste, il diritto può ben considerare il possesso come sussistente anche senza la sua materiale attuazione. Il possesso *solo animo* è quindi *possessio civilis* per eccellenza in quanto in esso la mancanza dell'elemento di fatto è supplita, per così dire, da un riconoscimento giuridico. Oscuratasi, già con GIUSTINIANO, la valutazione sociale della *possessio* romana, era inevitabile che i glossatori ricorressero in questi casi al concetto di finzione: così ODOFREDO citando BASSIANO (*ad l. 4 C. 7. 32 n. 12*²⁾:

ca possessio quae consistit in animo dicitur civilis, quia veritate inspecta non possideremus, sed fictione iuris fingimur possidere.

Si noti come questa concezione della *possessio*, che è *civilis* in quanto la essenza giuridica prescinde per essa dal rigore dei requisiti

¹⁾ V. BRUNS, *op. cit.* p. 107; RICCOBONO, *St. per Chironi* 1 p. 467. Quel che vi è di particolarmente artificioso è la tendenza — rilevata dal RICCOBONO — di fare di queste due categorie due rapporti distinti, non solo in testa a persone diverse (proprietario e usufruttuario; signore e vassallo) ma anche quando, come di regola avviene, si cumulano in una sola persona, sicchè al dire di GIOVANNI BASSIANO (cit. da ODOFREDO *ad l. 4 C. 7. 32* [BRUNS, *op. cit.* p. 195]) 'duae sunt possessiones eiusdem rei... alia civilis et alia naturalis', e chi possiede *animo* et *corpore* possiede *civiltiter* in quanto *animo* e *naturaliter* in quanto *corpore*: cfr. le varie opinioni nelle gl. a l. 11 D. h. t. e 4 C. h. t. E la materialità della *p. naturalis* è concepita così rigidamente che il titolare di un fondo 'in partibus... quibus insistit naturaliter possidet, in aliis civiliter' (gl. a l. 1 pr. D. h. t.). Qui veramente fu felice la critica di AZONE, per cui il possesso è un rapporto unitario, nonostante i due elementi: quindi la *p. a. et c.* può sempre dirsi *naturalis* (cfr. gl. a l. 4: 'quaesita possessio animo et corpore dicitur naturalis, et sic est una possessio, non duae penes eundem'; soltanto *civilis* è la *p. solo animo* 'cum nec est in re nec res est in conspectu, quae iuris civilis auctoritate retinetur').

²⁾ Cfr. BRUNS, *op. cit.* p. 108; cfr. gl. ad l. 10 h. t. 'ius fingit nos possidere'. L'antitesi tra 'rapporto di fatto' e 'rapporto legale' è netta anche in una delle *Antiquissimae glossatorum distinctiones* edite dal PALMIERI nella *Bibl. iurid. m. aevi* diretta da GAUDENZI: n. 75 (p. 170): *p. civilis, quae iuris dicitur: p. naturalis, quae corporis vel facti nuncupatur.*

di fatto, ricorre non soltanto nel campo della conservazione e della perdita, ma anche in quello dell'acquisto. È anzi di prammatica negli scrittori di diritto comune la designazione di *possessio civilissima* per indicare quei casi in cui – per disposizioni particolari statutarie in deroga ai principi romani – si ammette che il possesso si trasferisce senza bisogno di materiale apprensione ¹⁾.

Questa generale concezione della *possessio civilis* e *naturalis* non implica ancora, peraltro, che nella prima sia insita una valutazione del rapporto giustificativo: questa però la troviamo – come è stato molto opportunamente notato dal RICCIBOXO – già in una glossa di IRNERIO riferita da ACCURSIO ²⁾

civiliter dicit lex id est iuste, naturaliter quod est iniuste...

e nella *Summa Codicis Trecentis*; in un passo (7. 33. 20) di cui mi limito a riferire la parte essenziale. Quivi, dopo una minuta casistica, avverte:

In summa est naturalis possessio, est et civilis. Naturalis possessio probata est et improbata est. Idem et in civili. Naturalis probata est quae quandoque dominium praestat, ut in his quae occupatione seu captione nostra fiunt ³⁾, quandoque naturalem detentionem, ut in rebus locatis seu commodatis. Nam et in his civilis causa desideratur, idest affectio possidendi ⁴⁾: colonus [enim] et animo naturalem possessionem retinet, ut in responso « si colonus non deserendae possessionis causa ». Quod et in violenta et in clandestina possessione iuris est: nam et hae possessiones animo

¹⁾ Cfr. MENOCHIO, *De adipsce., retin. et recup. possessione doctissima commentaria* (Venezia 1618) p. 263, 324 e *alibi passim*. Così anche VOET, *ad Pandect.* 41. 2 n. 3 (v. 2 p. 411): quando scilicet ex dispositione legis vel statuti dominium et possessio citra aliquem actum corporis verum vel fictum transferuntur. Tale sarebbe il caso del possesso che passa all'erede secondo la regola francese.

²⁾ *Gl. ad l. 1 § 9 D. 43. 16*; v. RICCIBOXO *l. cit.* p. 404: v. ivi per altre indicazioni, e per la portata di questa identificazione in ordine alla sfera d'applicazione dell'*interd. unde vi*.

³⁾ La dichiarazione è manifestamente influenzata dalla dottrina dei modi d'acquisto naturali della proprietà.

⁴⁾ L'«*idest - possidendi*» pare insiticio, giacchè pare che qui si voglia negare la *p. civilis* per l'assenza di una *civilis causa*: esso rappresenta l'intreccio dei due distinti punti di vista.

acquiruntur, praecedente corporali actu, et retinentur, licet haec civilis causa improbata sit. Quod et in marito et uxore iuris est. Civilis probata est quae quandoque dominium attribuit, quandoque iustam causam usucapiendi seu praescribendi praestat titulo iusto praecedente.

L'evidente disarmonia del testo è generata dall'intreccio tra i due diversi valori dell'antitesi: quella *possessio* che sarebbe *civilis* in quanto può conservarsi *animo solo* è viceversa *naturalis* in quanto manca la *civilis causa*: la miglior prova della confusione è che l'autore non ha completata l'esemplificazione promessa lasciandone fuori il caso della *possessio civilis improbata*: appunto perchè, in fondo, per lui la *possessio* non può essere veramente ed in ogni senso *civilis* se non è anche *iusta* ¹⁾.

Seguire le applicazioni di questi due concetti nella prassi del diritto comune sarebbe interessante, tanto più che gli scrittori si sono limitati per lo più a rilievi molto generali e rare volte si sono avventurati nel *mare magnum* della casistica. Io non voglio rinunciare a raccogliere alcune almeno delle più tipiche massime accolte nella pratica e nelle decisioni dei tribunali, per mostrare come esse rappresentino in ultima analisi niente più che lo sviluppo dell'evoluzione già iniziata nel diritto giustiniano, che tende a valutare il possesso – considerato sopra tutto dal punto di vista dell'*animus* – come un diritto, o quanto meno a trattarlo come tale ²⁾.

Il caposaldo è sempre la solita massima che il possesso si può conservare *solo animo* ossia – secondo la terminologia dianzi veduta – che la perdita della *possessio naturalis* non implica quella della *possessio civilis* ³⁾, e ciò perchè la *possessio civilis* può ben durare finchè il

¹⁾ Sebbene la scuola dei culti si mostri - pure nel suo inevitabile imbarazzo - aliena da queste costruzioni, un'influenza se ne risente p. es. in DUARENO, *Comm. in tit. D. de adq. vel am. poss.* (Opp. 2, 549 ed. Lucca 1765): 'possessionem civilem semper iustam esse oportet, quoniam ea iuris interpretatio [quella cioè che ammette la conservazione 'solo animo'] non nisi ex iusta causa fit'.

²⁾ Una sopravvivenza precisa della terminologia tradizionale è ricordata dal BRUNS (*op. cit.* p. 427) nel *Cod Maximilianus Bavariensis. civilis* del 1756, per cui (2. 5 § 2) *p. civilis* è il possesso *solo animo* o quello *animo et corpore* se fondato su un diritto: *p. naturalis* è il possesso *solo corpore* ossia mera detenzione.

³⁾ L'antitesi delle due concezioni tra possesso stato di fatto e possesso diritto è già chiara nei glossatori, dove da un lato PIACENTINO è tanto ligio all'ele-

titolare voglia conservarla ed il diritto trovi iniquo riconoscerne la perdita.

L'assente ¹⁾ - come già riconoscono i glossatori e come in fondo pensa, se anche non dice, GIUSTINIANO - perde la *possessio naturalis*, ma conserva quella *civilis*: ciò fino a che non si deve presumere cessato l'*animus possidendi*, nel qual caso la *possessio civilis* si estingue. Anzi quelli che, seguendo una delle due correnti esistenti fra i glossatori, fanno della *possessio naturalis* e della *possessio civilis* due categorie antagonistiche, ammettono che colla partenza si perde la prima e si *acquista* la seconda ²⁾. E qui, applicando per una malintesa analogia il termine normale della *longi temporis praescriptio*, l'opinione che più fa capolino nella glossa ³⁾ ed è pacifica in diritto comune fra i dottori ⁴⁾ e la giurisprudenza ⁵⁾ è che l'assenza durata dieci anni determina la perdita della *possessio civilis per negligentiam decennalem*: prescrizione la quale si applica a tutti i fini, e non soltanto in rapporto all'eventuale acquisto da parte di un nuovo possessore, e che ha luogo indipendentemente dal fatto che il titolare sia venuto a sapere che altri ha occupato il fondo ⁶⁾, e che costituisce anche un limite, di cui la prassi doveva sentire il bisogno, all'indefinita conservazione

mento di fatto che per lui possesso in senso proprio sarebbe solo la *possessio naturalis*, mentre dall'altro per GIOVANNI BASSIANO 'possessio est ius quoddam rem detinendi sibi': cfr. glossa a l. 1 pr. D. 41. 2.

¹⁾ La *sedes materiae* è specialmente il commento alla l. 6 § 1 D. 41. 2: larghe indicazioni p. es. in TARTAGNI, *Sup. 1^m partem D. novi, Opp.* v. 5 f. 125.

²⁾ Così ALDRICUS (cit. in gl. a l. 1 pr. D. h. t.) 'qui exit de fundo, amittit naturalem et adquiri civilem in ipso exitu': e viceversa quando torna. Nello stesso senso p. es. BART. SOCINO, *Opp.* v. 2 f. 4 n. 38 (Venezia 1595).

³⁾ Ad l. 4 C. 7. 32 s. v. *temporis iniuria* quod fuit minus X ann. Alias amitteres possessionem... secundum quosdam. Quod non placet: quia tempus non est modus amittendae possessionis. Si riconosce soltanto che il possesso si perde se il tempo è tale da 'inducere oblivionem'.

⁴⁾ FABRO, *Cod. Fabrian.* 4. 14 *defn.* 60 n. 4; *def.* 3 n. 5 (quia p. civilis, quae solo animo retinetur, non praesumitur durasse post decem annos, propter oblivionem quae ex decennio praesumitur); cfr. l. 7 tit. 6 *defn.* 4; MENOCHIO, *op. cit.* *de recup. remed.* 7 n. 25; DE LUCA *Th. ver. et iust.* l. 8 (*de cred. et debito*, disc. 112 n. 3).

⁵⁾ Cfr. p. es. S. *Rotae Rom. Decis. recent.* p. 5^a vol. 2 dec. 564 n. 12; p. 6 dec. 34 n. 3; dec. 78 n. 41; dec. 275 n. 22; p. 7 dec. 78 n. 1; p. 10 dec. 91; p. 14 dec. 187 n. 11; p. 15 dec. 342 n. 8.

⁶⁾ FABRO, *op. cit.* 7. 7 *defn.* 4 e 22 (ma v. 7. 6. 4 ove la p. civilis si perde si *intra triduum* dalla scienza non si tenta il ricupero); S. *Rotae R. D. R.* p. 12 dec. 281 n. 4.

animo del possesso al furioso ¹⁾. A questo limite si riconnette pure la regola che limita a dieci anni l'efficacia della *clausola constituti, cum tanto tempore amittatur possessio* ²⁾.

Se durante il decennio alcuno occupa il fondo d'un assente, egli non ne acquista se non la *possessio naturalis*: la *possessio civilis* rimane al precedente titolare ³⁾.

La regola vale naturalmente solo per gli immobili: dei mobili, l'occupante acquista subito anche la *possessio civilis*: il che vuol dire che per i mobili non si arriva a « fingere » la conservazione *solo animo*. Ma una interessante eccezione è fatta in ordine agli animali addomesticati (sparvieri e falconi), per i quali si ammette che, anche quando siano fuggiti e non abbiano l'*animus revertendi*, pur tuttavia non possano considerarsi come *res nullius* ⁴⁾. Si noti come a rigore la regola potrebbe ricondursi a due distinte giustificazioni: o che per questi animali si rinunci alla inscindibilità - indiscussa dal punto di vista romano - tra proprietà e possesso, e si ammetta che pur cessato il possesso resti la proprietà: o che invece si ritenga conservata, non ostante la fuga, sia la proprietà che il possesso (s'intende, *possessio civilis*): e questa è l'interpretazione di gran lunga più consona all'indirizzo generale e che nelle fonti trova il suo immediato spunto testuale nel trattamento anomalo del *servus fugitivus*.

Il punto estremo è rappresentato dalla corrente che arriva ad ammettere che la *possessio civilis* non si perde neppure collo spoglio violento. Già lo stesso PIACENTINO aveva ammesso che il *vi deiectus* perde bensì la *possessio naturalis*, ma continua a possedere *civiliter*, e ROGERIO ne concludeva che nell'interdetto « *potior est illius civilis possessio quam adversarii naturalis detentio* » ⁵⁾. Opinione, che quantunque veramente esagerata, trovò successo nel diritto comune e che del resto ebbe sostenitori nella dottrina moderna, dal LENZ ⁶⁾ al KRÜCK-

¹⁾ S. *Rotae R. D. R.* p. 4 v. 1 dec. 496 n. 3.

²⁾ *ibid.* p. 1^a v. 2 dec. 634 p. 5 e, cit. ivi, ALCIATO e altri: v. anche FABRO, *op. cit.* 7. 7. def. 10.

³⁾ PAUL. DE CASTRO, *Constlia*, 2. 234 MENOCHIO, *Op. cit.*, *Retin. poss.* r. 3 n. 27 (p. 166); TARTAGNI, *Opp.* v. 3 f. 85 *retro*.

⁴⁾ Cfr. VINNIUS *ad* § 15 1 2. 1 (v. 1^o p. 167); VOET, *Ad Pand.* 41. 1. n. 7 (v. 2 p. 400).

⁵⁾ V. le indicazioni in BRUNS, *op. cit.* p. 117.

⁶⁾ *Das Recht des Besitzes*, p. 249: v. la critica di BARON, in *Jhering's Jahrb.* 7 (1863) p. 50.

MANN ¹⁾: per chi considera il possesso come un diritto, è questo un punto d'arrivo quasi inevitabile.

Parallela, nel suo presupposto, è l'altra ipotesi, largamente trattata nella giurisprudenza del diritto comune, della perdita del possesso per sentenza nulla od ingiusta. Quand'anche la sentenza sia stata eseguita e la cosa di fatto sottratta alla disponibilità del titolare, ciò non ostante il possesso (*possessio civilis*) non è perduto; la posizione del soccombente — dichiara ripetutamente la *Rota Romana* — è quella del *vi deiectus* ²⁾: egli continua a possedere *civiliter*, finchè, s'intende, non si rassegni al nuovo stato di cose ³⁾.

La conseguenza pratica è che il rimedio spettante in questi casi, se ha funzione recuperatoria di fronte alla *possessio naturalis*, è però sempre un rimedio *retinendae possessionis* di fronte alla *possessio civilis* che non si è perduta: e attraverso questa concezione — che il possesso ingiustamente tolto non sia giuridicamente perduto — si capisce come dall'*uti possidetis*, la cui funzione era recuperatoria solo entro i limiti e attraverso il meccanismo dell'*exceptio vitiosae possessionis*, si sia svolto il cosiddetto « possessorio ordinario » che, specialmente in quanto tende a tener conto non tanto del possesso attuale quanto del possesso più antico e giustificato ⁴⁾, ha in pratica funzione recuperatoria non meno del rimedio tecnico *recuperandae possessionis*, frutto della fusione tra l'*unde vi* giustiniano e il più energico e più generale

¹⁾ *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein*, in *Arch. f. civ. Praex.* v. 103 p. 240 sg.; v. la critica di STINTZING, *ibid.* v. 109 p. 361 sg.: largo esame della questione in FINZI, *op. cit.* p. 208^e e sgg.

²⁾ *S. R. R. D. R.* p. 14 dec. 60 n. 6: nonostante l'avvenuta esecuzione « non poterunt privare possessorem sua possessione, cum tali casu videantur processisse tamquam privati, non autem uti iudices, et consequenter spoliū commississe dicitur, adeo ut quamvis de actuali possessione fuerit Scipio deiectus, *civilis* apud eum remanserit qui, cum non habuerit se pro spoliato, *animo* illam retinuit »: p. 9 v. 1 dec. 45 n. 4: « cum possessio fuerit nulla et iniusta, et possessio attentata non privaverit Battaglinos sua possessione, et ipsis sic de facto eiectis, qui numquam habuerunt se pro spoliatis, competit remedium *retinendae ratione civilis possessionis animo retentae*, quae attrahit ad se naturalem, ut notant DD. ad l. clam § qui ad nundinas (6 § 1 D. 41. 2): v. anche p. 6 dec. 233 n. 12; p. 15 dec. 312 n. 1. I più antichi non pare arrivassero a tanto, limitandosi (p. es. BARTOLO) a provvedere con una *condictio*, argomentando dalla l. 6 C. 8. 4.

³⁾ In tal caso il possesso è perduto anche *animo*: così pure se in base alla sentenza o ad altro atto nullo il possessore ha volontariamente eseguito la *traditio*.

⁴⁾ Di qui lo sviluppo e l'importanza assunta come rimedio più strettamente « possessorio » dal così detto *summarissimum*.

rimedio del diritto canonico. Bisogna però riconoscere che questa confusione tra rimedi *recuperandae* e *retinendae possessionis* era inevitabile, una volta che, svanita la genuina nozione romana, il possesso veniva ad essere concepito e tutelato alla stregua degli altri diritti. Infatti, nel campo della proprietà e degli altri diritti reali, noi possiamo ben distinguere tra azione diretta a difendere il titolare contro la turbativa (*actio negatoria*) e azione diretta a ottenere la restituzione (*vindicatio*), e possiamo anche trovarvi una corrispondenza di funzioni agli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis*: ma ivi manca in realtà quell'antitesi sostanziale che in questi esiste, in quanto mirano o a tutelare un possesso esistente o a recuperare un possesso perduto: là si tratta sempre o di assicurare l'esercizio o di recuperare l'oggetto di un diritto che non era affatto venuto meno. L'effettiva perdita del possesso è il presupposto necessario dell'*unde vi*: al contrario, se perduta è la proprietà, la *rei vindicatio* è improponibile, ed il rimedio, se c'è, sarà di tutt'altra natura.

Se la *deiectio* fa perdere non il possesso ma il mero esercizio di esso, è necessario che i pratici avvertano che anche in caso di *deiectio* può servire l'*uti possidetis* ¹⁾.

Fra gli innumerevoli scrittori che nel diritto comune si occupano del possesso, il MERENDA, che già al SAVIGNY ²⁾ apparve notevole per le sue concezioni sull'origine del possesso, è altamente interessante

¹⁾ V. le citazioni di BARTOLO ed altri, in FABRO, *De error. pragmat.* dec. 4 err. 6 n. 9: è possibile - si afferma - agire contemporaneamente *ad retinendam possessionem civilem et adipsendam naturalem*. E molto chiaramente già PAULUS DE CASTRO (*Consilia* 2. 234): 'ille qui habet (possessionem) civilem iustam dicitur turbari in ea per illum qui habet naturalem iniustam. Ideo potest agere contra illum interdicto uti possidetis, iudicii exitus sic erit ut ille condemnatur ad restituendam naturalem iniustam' (cfr. su questo punto BRUNS, *Das ältere Besitz und das Possessorium ordinarium*, in *Jahrb. f. gem. Recht* 4. 48 = *Verm. Schr.* 1. 173). Il medesimo sviluppo - si noti - ebbe luogo in Francia in ordine alla cosiddetta *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, che si applica tanto a casi di turbativa che a casi di spoglio ma sempre come rimedio *retinendae p.* e quindi considerando lo spoglio del possesso di fatto come una turbativa della *saisine* (*vraie saisine* = *rechte Gewere*, ossia il possesso oltreannale), che non è perduto: cfr. BRUNS, *Das Recht der B.*, p. 357 sg; RUFFINI, *op. cit.* p. 443. Perciò Io. FABER (*Comm. ad Instit.* [§ 4 I. 4. 15]) dichiara che 'in curia Franciae... omnes causae sunt in casu novitatis, quod est fere U. P.... Advocati causae Franciae semper concludunt in *vi turbativa*, quaecumque sit vis'.

²⁾ *Op. cit.* p. II.

per la logica con cui, posta la massima che il possesso è un diritto, difesala contro le infinite obbiezioni, ne trae la conseguenza quanto alla valutazione del regime positivo ¹⁾. Ammesso quel punto di partenza, diventano del tutto normali le decisioni che dal punto di vista classico erano eccezionali o addirittura insostenibili, e finiscono, viceversa, per diventare anormali quelle che più limpidamente scaturivano dalla natura di fatto del possesso. Il MERENDA non se lo nasconde, e lo vediamo affaticarsi, per esempio, a spiegare come mai per le cose mobili basti l'*omissa custodia* a farne perdere il possesso ²⁾, come mai, in particolare, si possa acquistare il possesso *vi*, dal momento che la legge non dovrebbe riconoscere un fatto ingiusto come generatore di effetti giuridici ³⁾. Con che il punto di vista romano ci appare completamente invertito.

Questa ripugnanza a riconoscere nel possesso *vi* un possesso vero e proprio non era, del resto, nuova. Espressa in modo veramente tipico la trovo in uno dei primi commentatori francesi, PIETRO da BELLAPERTICA, il quale fa questa curiosa osservazione, che *possessio quae per violentiam quaeritur non est iuris gentium sed est de iure civili* ⁴⁾; dove, mentre si capisce bene quale sia il presupposto concettuale da cui muove lo scrittore — che il riconoscere effetti giuridici a un rapporto iniquo rivela non la logica del diritto ma l'arbitrio del legislatore — le espressioni usate, che inevitabilmente richiamano la terminologia tecnica della *possessio civilis* ⁵⁾, dimostrano una grave confusione d'idee.

¹⁾ *Contror. iuris* [Venezia, 1625, p. 104, vol. 1^o] lib. 2^o c. 19; l. 12^o c. 29 [v. 2^o ed. Pavia p. 163 sg.].

²⁾ L. 2^o c. 21 [v. 1^o p. 105]. Nel caso di fondi occupati dal mare, ammette la perdita del possesso solo in quanto si può veramente ritenere che in quei casi l'*animus* cessi (l. 2^o c. 18 n. 21 [v. 1^o p. 99]).

³⁾ L. 2^o c. 5 [v. 2 p. 385]; *cur ergo lex, quae semper iusta est, ad possessionem iniustam perducendam suum praebeat auxilium?* Il tentativo di spiegazione si riconnette alla sua dottrina sull'origine del possesso: in origine il *detectus*, trovando con facilità altri fondi incolti da occupare, aveva senz'altro l'*animus dereliquendi*.

⁴⁾ *In libros institutionum*, ed. Lione 1536 p. 200.

⁵⁾ V. infatti poco più oltre: *naturalis possessio dicitur illa quae per causas iuris gentium acquiritur; et civilis possessio dicitur illa quae per rapinam aut per dolum acquiritur* (!). Proprio il contrario di quanto — seguendo l'indirizzo giustiniano che risulta dalla l. 24 D. 41. 2 — insegna per esempio fra i culti, come s'è visto, il DUARENO!

Aberrazioni siffatte hanno un valore sintomatico: esse provano che la tendenza è di dare pieno valore al possesso solo in quanto esso appaia eticamente giustificato e di abbassare gli altri rapporti al grado di semplice detenzione. E poichè un altro dei capisaldi dell'evoluzione di questo istituto è la tendenza – affermata soprattutto attraverso le influenze canonistiche – di dare la tutela recuperatoria anche alla mera detenzione, si arriva – al termine dello sviluppo – a quella distinzione che è fatta dal C. Napoleone (art. 2228 sg.) e dal nostro (art. 685) la quale, contemplando da un lato un possesso, qualunque esso sia, che finisce per abbracciare anche la mera detenzione, e dall'altro un così detto « possesso legittimo » con tutta una serie di requisiti, perde di vista completamente la genuina figura del possesso romano¹⁾. Di questa figura del « possesso legittimo » – il presupposto del rimedio *retinendae possessionis* – troviamo senza dubbio il precedente immediato nel diritto francese²⁾, ma è certo che tutto l'orientamento dottrinale del diritto comune era in questo senso: tutelare in certi casi anche la mera detenzione, ma subordinare la tutela possessoria tipica (*uti possidetis*, possessorio ordinario) a requisiti in realtà per nulla affatto possessori, e soprattutto a requisiti etici, con manifesta attrazione del regime proprio del possesso come presupposto della usucapione³⁾.

¹⁾ Si può ben dire col TARTUFARI (*Del Possesso* n. 105, p. 55) che la tutela (recuperatoria) concessa al p. naturale (detenzione) « fece più elevata la dignità del possesso giuridico »: ma in realtà questo « possesso giuridico » o più esattamente « legittimo » non è il « possesso » dei romani.

²⁾ V. largo esame in BRUNS, *op. cit.* p. 357 sg.; RUFFINI, *op. cit.* p. 442 sg., e una chiara esposizione es. in PLANIOL, *Tr. élém. de dr. civil* n. 2300 (v. 1 p. 741 sg.): al XIV secolo risale la fusione dei vari rimedi possessori nella *complainte*, ma nella ordinanza del 1667 tit. 18 (cit. BRUNS p. 366) troviamo il rimedio strettamente recuperatorio di origine canonistica: il silenzio del C. Nap. e le espressioni generiche usate dal C. di P. Pen. (art. 23) giustificano la grave disputa, non del tutto sopita, se o no sopravvivano nel diritto moderno francese i due rimedi distinti (tre, anzi, se vi si aggiunge la denuncia).

³⁾ Se l'azione di manutenzione del nostro Codice Civile possa applicarsi a casi di perdita del possesso ingiusto ma *nec vi nec clam* è oggetto di controversia. In una sua nota (*Foro It.* 1890, I, 648), l'ASCOLI si è pronunciato energicamente per la negativa, giacchè il possesso non si può difendere se non in quanto sussista. E in questo non si può a meno di dargli ragione, specialmente di fronte a sentenze anche recenti in cui l'opinione affermativa è accolta in base al bel ragionamento che, se l'azione serve per un'offesa minore qual'è la molestia, deve servire anche per l'offesa maggiore che è lo spoglio! (Cass. di Torino, 1° dicembre 1914; *Giur. Tor.*, 1915, 792). L'ASCOLI trova naturale che l'opinione affermativa prevalga

Chi volesse riprendere in esame sotto questo speciale punto di vista la genesi storica delle disposizioni accolte nel C. Napoleone e passate, con modificazioni, nel nostro, troverebbe negli scrittori di diritto romano e nei giureconsulti ¹⁾ un interessante e copioso materiale ²⁾, e gli stadi ed i moventi della trasformazione potrebbero essere illustrati in tutte le loro sfumature.

in Francia, facendo in certo modo sopravvivere l'antica funzione della *complainte*; ma qui il Cod. italiano si è scostato dal suo modello. Peraltro la tradizione del diritto comune - non tanto nei culti (l'A. richiama, respingendola, l'*a. momentaneae possessionis* di CUIACIO) quanto nei pratici - era tutta in questo senso: e a mio avviso la soluzione affermativa - che del resto è ora prevalente - è confortata non tanto dall'esegesi degli articoli che s'invocono, quanto dal fatto che su questo punto specifico la tradizione del nostro diritto anteriore ai codici è perfettamente conforme a quella del diritto francese. V. ora sul tema il mio articolo: *La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso « solo animo »*, in *Riv. di Dir. civ.*, 1918. V. pure da ultimo su un caso dei più discussi (spoglio ingiusto per mano d'uscieri) LEONE in *Filangieri*, 1916. p. 660 sg.

¹⁾ A subordinare la piena tutela del possesso a elementi etici i giureconsulti erano naturalmento portati. Riferirò solo un passo di CUIACIO (*Diss. prooemiales ad Grotium* XII, § 601 sg) che ammette senz'altro la perdita del possesso non solo *animo* o *corpore* ma anche per il venir meno della legittimazione: « si de iure alterius certo constat, tunc enim apparet possessionem illius iniustam esse, ideoque defendi eam non debere »: il che va detto, soggiunge, « non de possessione mere naturali et corporali, sed de possessione legitima, ubi praefertur is, cuius ius potius est ». La ripugnanza a considerare come vero possesso quello ingiusto è tipica nel *Landrecht* prussiano, per cui il possesso acquistato *vi, clam, precario*, è mera detenzione (l. 7 § 6 e sg): cfr. DERNEBURG, *Lehrb. des preuss. Privatrechts* I p. 731 (§ 149); più misurato, il C. Civile austriaco (§ 345) riconosce che si tratta di possesso, pure designandolo come improprio (*unrecht*).

²⁾ Fra i precursori immediati della codificazione, più del POTHIER mi pare significativa la posizione assunta dal DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, l. 3, sect. 7 *de la possession et de la prescription*). Mentre deve pur riprodurre le distinzioni testuali tra p. di buona fede e di mala fede (sect. I n. 11), la sua tendenza è di non ravvisare un vero possesso se non dove vi sia buona fede e giusto titolo: *la possession injuste de l'usurpateur n'a que l'apparence de la possession ne mérite pas le nom de possession* (*ibid.* Introd.) e cita la l. 23 § 2 D. 41. 2: « si viueris hominem liberum, enim te possidere non puto »: cfr. sect. 1, n. 8; 2, n. 16; 5, n. 16: « celui de qui la possession, n'est interrompue que par une voie de fait ... ne laisse pas d'être considéré comme possesseur, parce qu'il a le droit de rentrer en la possession. Ainsi le temps de l'usurpateur n'interrompt pas la sienne ». Meglio che la l. 17 § 1 D. 41, 2 avrebbe potuto citare la l. 13 § 9 D. *eod.*, dove la lezione confortata dai Basilici, e sostenuta da molti, porta a dare allo spogliato l'*accessio* del possesso del predone; decisione che - riferita com'è alla usucapione - è certo inammissibile tanto nel sistema classico che in quello giustiniano (cf. ZANZUCCHI, *Successio e accessio poss.* in *Arch. giur.* 72 (1904), p. 119, n. 1 dell'estr.). O forse balenò già ai bizantini l'idea che il *deiectus* possiede *animo*?

Anche qui, come in tanti casi che per lo piú sfuggono alla valutazione dei profani e talvolta dei civilisti medesimi, tra il diritto civile e il diritto romano si è scavato un abisso, e il romanista, che in altri casi non esita a riconoscere che si è compiuto un progresso, qui trova il consenso dei civilisti stessi ¹⁾ nella constatazione che allontanandosi dal puro diritto romano il legislatore non ha certamente fatto un guadagno. L'applicazione dei nuovi metodi d'indagine gli dà però la soddisfazione di poter mettere in evidenza come queste derivazioni trovino in buona parte il loro primo spunto nello spirito che già anima lo stesso diritto giustiniano.

¹⁾ Cf. in specie GABBA, in *St. per Fadda* v. 4 p. 74; e v. da ultimo RICCONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, p. 485.

G. ROTONDI.

INTORNO ALLA c. 6 C. 5, 70

DE CURATORE FURIOSI VEL PRODIGI

e alle riforme giustinianee anteriori alla c. Deo Auctore

Sommario. — 1. La c. 6 C. 5, 70 e i precedenti classici — 2. La c. 6 C. 5, 70 considerata in relazione colla c. 7 C. 5, 70 e colla c. 9 C. 6, 22 — 3. Le costituzioni del periodo fra il XV K. Oct. 529 e il XV. K. Dec. 530: il criterio e lo scopo delle indagini ad esse relative.

Alla scelta di questo tema per il contributo mio al volume dedicato all'indimenticabile amico e maestro, mi hanno indotto principalmente due motivi. Il primo fu la scoperta fra le carte di Lui di due foglietti contenenti brevissimi appunti a matita intorno alla c. 6 C. 5, 70 e al problema della capacità del *furiosus* durante i lucidi intervalli; il secondo, tutto soggettivo, è l'appartenenza della costituzione ad uno dei gruppi emanati fra la compilazione del primo Codice e quello del Digesto, intorno ai quali già da tempo avevo avviato ricerche ¹⁾, dirette a stabilire la natura e la portata del lavoro preparatorio svoltosi nel periodo di tempo, che corre dalla data XV Kal. Oct. 529 alla costituzione *Deo auctore*.

1. Non deve far meraviglia che la costituzione abbia fermato l'attenzione del Nostro, perchè, mentre essa offre un esempio tipico di soluzione Giustiniana di una controversia, essa si connette altresì con altre costituzioni, e cioè la c. 7 C. 5, 70 (cfr. c. 27 C. 1. 4), la c. 9 C. 6, 22, colle quali l'imperatore ha rimaneggiato tutta la materia della *cura furiosi* ²⁾.

Nella c. 6 C. 5, 70, del 1° settembre 530, diretta al prefetto del pretorio Giuliano, l'imperatore si esprime nel modo seguente:

¹⁾ Vedi *Bull. I. D. R.* XX, III, 1911, p. 41, n. 1.

²⁾ Gli appunti del Rotondi non contengono che un semplice richiamo alla c. 7 § 3 C. 5, 70 e un cenno del contenuto della c. 9 C. 6. 22.

Cum aliis quidem hominibus continuuum furoris infortunium accidit, alios autem morbus non sine laxamento ingreditur, sed in quibusdam temporibus quaedam eis intermissio pervenit, et in hoc ipso multa est differentia, ut quibusdam breves indutiae, aliis maiores ab huiusmodi vitio inducantur, *antiquitas disputabat*, utruumve in mediis furoris intervallis permanet eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita iterum morbo adveniente redintegratur. § 1. *Nos itaque eius ambiguitatem decidentes sancimus*, cum incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo sine in propinquo spatio, et impossibile est et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui et per longum tempus sub eadem esse varietate, ut quibusdam videatur etiam paene furor esse remotus, *curatoris creationem non esse finiendam*, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivit, quia non est poene tempus in quo huiusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt: sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit, curatorem in contractus vocari, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit, ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio et frequenter tam nascatur quam desinere videatur.

Disputavano dunque gli antichi, secondo quanto riferisce Giustiniانو, se nei lucidi intervalli ¹⁾ il curatore mantenesse il suo ufficio, o cessasse, salvo essere reintegrato allorchè il malato fosse riassalito dal *furor*; e l'imperatore decide che il curatore conservi l'ufficio, ma rimanga inattivo, perchè durante l'intervallo il *furiosus* può da sè stesso compiere qualsiasi negozio giuridico come i *sani homines*; l'attività quiescente e gli obblighi del *curator* riprendono col cessare del lucido intervallo.

¹⁾ Secondo una dottrina molto diffusa (v. ACCARIAS, *Précis*, I, no 267; PERROZZI, *Ist.* I, p. 333; BONFANTE, *Ist.* p. 223) sarebbe appunto la possibilità dei lucidi intervalli che distinguerebbe il *furiosus* dagli *amentes*, *dementes*, *mentecapti*. Secondo l'AUDIBERT, *La folie et la prodigalité en droit romain*, 1892, p. 11-61, furiosi sarebbero tutti i pazzi, escluse solamente le persone colpite da monomanie: sulla questione v. a. KRÜGER (H.), *S. S.* XIV, 1893, p. 262-264. Interessante per il problema è il cap. 5 del III libro delle Tusculane.

Il punto grave e interessante, e che implica una revisione della dottrina della cura furiosi nel diritto classico e nel diritto giustiniano, è quello di vedere quali e come motivate fossero le soluzioni classiche, e quali ragioni abbiano indotto Giustiniano alla sua decisione. Scrivere, come fa il Ferrini¹⁾, che nel diritto anteriore cessavano proprio l'ufficio e i poteri del curatore ad ogni ritorno della ragione e che la costituzione giustiniana non fa - come appare dalle espressioni che accennano a dubbii di carattere puramente teorico - che sanzionare una prassi preesistente, è eliminare il problema, non risolverlo. Annota il Rotondi, « se così fosse (cioè come vuole il Ferrini) era inverosimile la polemica »; ma io aggiungo che così non era, perchè l'imperatore stesso dichiara che l'*antiquitas* non era affatto concorde sulla soluzione, e perchè nulla, nella costituzione, rivela che la questione già fosse stata risolta dalla pratica.

Per rendersi conto dei motivi della costituzione e per afferrarne tutta la portata, conviene anzitutto rilevare come il problema nel diritto classico dovesse porsi - anche sul terreno della pratica - in modo ben differente che nel diritto giustiniano.

Il *curator furiosi* era nel diritto primitivo in primo luogo la persona scelta dal testatore²⁾, in secondo luogo l'agnato o il gentile³⁾; in progresso di tempo, col disgregarsi dell'organismo famigliare si aggiunse la cura dativa, cosicchè nel periodo classico, si presenta nelle fonti la classificazione della cura furiosi in testamentaria⁴⁾ legittima e dativa, in esatto parallelismo col regime della tutela⁵⁾.

¹⁾ *Pandette*, p. 954, n. 2.

²⁾ Il FERRINI, *Pand.* p. 955 scrive che nel secondo secolo dell'impero già il magistrato confermava tale nomina *nonostante che esistessero agnati*. Mi è poco chiaro il significato del « già »; parrebbe più conforme ai principi scrivere « ancora ».

³⁾ È attribuita alle dodici tavole (V, 7 a.) la regola: « Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentilicumque in eo pecuniaque eius potestas esto ». (*Auct. ad Ker.* 1, 13, 23 = *Cic. De iur.* 2, 50; *Tusc.* 3, 5, 11; *FESTUS*, vo *Nec*). Non esiste alcun motivo per inserire la frase *ast ei custos nec escit* tramandata da *FESTO* nella norma delle dodici tavole che l'AUCTOR AD HER. e CICERONE riferiscono senza quell'inciso. Giustamente il KNIEP, *Gat Inst. Comm. secundus* §§ 1-96, p. 205 la esclude; v. a. PEROZZI, *Ist.* 1, p. 332, n. 1. Sulla questione relativa alla distinzione fra *custos* e il curatore, v. FERRINI, *loc. cit.* p. 954; GIRARD, *Manuel* ⁶, p. 229.

⁴⁾ Nel diritto classico il curatore testamentario doveva confermarsi dal magistrato, per cui da un punto di vista formale la cura furiosi testamentaria si viene ad avvicinare alla dativa.

⁵⁾ Così BONFANTE, *Istit.* ⁶ p. 323.

Ma, originariamente, io credo che, siccome il caso più probabile era che anche il testatore scegliesse il curatore del figlio *furius* fra gli agnati, il *curator furiosi* dovette essere, o per volontà del testatore o per disposizione di legge, *normalmente l'adgnatus*. In questa convinzione mi induce anzitutto la frequenza con cui nelle fonti appare l'*adgnatus curator*: così in Gai. 2, 64 (cfr. Inst. 1, 23 § 3), nella l. 12 D. 27, 10, Marcell. lib. 1 Dig.¹⁾, nella l. 13 D. 40, 1, Pomp. lib. 1 ex Plaut., nella l. 65 D. 46, 3, Pomp. lib. 1 ex Plaut., e ancora nella costituzione di Gordiano²⁾ relativa all'applicazione della *Oratio Severi* al *curator furiosi*. Osservo in secondo luogo che la *cura furiosi*, secondo la norma attribuita alle dodici tavole, conferiva una *potestas* sul *furius*, e che i poteri dell'*adgnatus* erano estesissimi e comprendevano tra l'altro la facoltà di alienare³⁾ i beni: l'*adgnatus furiosi curator* dovette dunque nelle origini essere qualcosa più che un semplice amministratore, perchè il suo non era tanto un *officium* quanto un potere, che si ricollegava con gli elementi più caratteristici della struttura famigliare romana.

Soltanto lo sgretolarsi di questo organismo aumentò la sfera d'applicazione della cura dativa a detrimento della cura legittima⁴⁾, le cui ampie facoltà vennero allora, perchè il regime fosse uniforme, ristrette, sia dalla giurisprudenza sia dal magistrato, sia dalla legislazione⁵⁾.

¹⁾ Non potrebbero le parole «*vel alto curatore*» essere interpolate?

²⁾ c. 2 C. 5, 70, a. 238.

³⁾ Su questa facoltà che alcuni scrittori (IBERING, *Développement* (trad. franc.), 1900, p. 80 sgg.; MITTEIS, *Privatrecht*, I, p. 81) vorrebbero restringere, vedi le giuste osservazioni del GIRARD, *Manuel*⁶⁾, p. 229 n. 3. Sulla questione cfr. a. KNIEP, *l. c.* p. 205 sgg.

⁴⁾ V. AUDIBERT, *N. R. Hist.* 1891, p. 310 sgg.; FERRINI, *Pand.* p. 954; GIRARD, *Manuel*⁶⁾, p. 228-229.

⁵⁾ Circa la *facultas attenandi* v. Marcello nella l. 12 D. 27, 10 e l'applicazione dell'*Oratio Severi* da parte di Gordiano, c. 2 C. 5, 70. Circa la *satisfactio* ci si richiama di solito alla l. 4 § 8 D. 46, 6 Ulp. 79 ad Ed., ma questo paragrafo è molto probabilmente compilatorio (v. SOLAZZI, *Curator impuberis*, 1917 p. 96), ed illumina intorno al processo di livellamento che i Bizantini hanno cercato di compiere sia tra la tutela e la cura, sia fra i diversi tipi di cure. (Vedi su ciò i noti studi dell'ALBERTARIO e del SOLAZZI e da ultimo BONFANTE, *Ist.*⁶⁾ pag. 224). Ancora converrebbe vedere se anche per il *furtosus* sia innovazione bizantina il *crimen suspecti curatoris*: circa l'acc. *suspecti curatoris* contro il curatore del minore, vedi ALBERTARIO, *Di alcune innovazioni giustinianee riguardanti la cura minorum*.

Peraltro io penso che, per tutto il diritto classico, nella dottrina, stesse in prima linea la figura dell'*adgnatus curator furiosi* e in seconda linea il curatore dativo: e che, qualunque sia stata l'opera di assimilazione dei due tipi di cura, il problema de' lucidi intervalli dovesse presentarsi in modo diverso a seconda che il curatore era l'*adgnatus* o un estraneo. Infatti nel primo caso, ammesso pure che per effetto del lucido intervallo non solo cessasse l'*administratio*, ma venisse meno anche la figura dell'*adgnatus curator*, non pare possibile escludere che rinascendo il *furor*, l'*adgnatus - ipso iure* - riassumesse la *potestas*, che gli competeva in quanto *adgnatus*; ma nel caso del curatore dativo il problema, com'è ovvio, si presentava diversamente, ed era lecito dubitare se - in seguito alla lucidità riacquistata dal furioso - il curatore dovesse cessare solo dall'*administratio* o decadde dall'ufficio; nè a questa seconda ipotesi era possibile applicare la soluzione adottata per l'*adgnatus*.

Il problema, come si proponeva ai giuristi classici, era di principi, e le soluzioni suggerite dovevano essere dominate da questi, non già da quelle considerazioni pratiche, dalle quali invece è guidato Giustiniano.

Nel diritto giustiniano, infatti, permangono bensì le tre forme di cura testamentaria, legittima e dativa; ciò è da ritenere col Bonfante¹⁾, malgrado la contraria opinione del Ferrini²⁾ e del Girard³⁾, i quali si fondano soprattutto sulle Istituzioni (§ 3 I, 1, 23) e sulla l. 1 pr. D. 27, 10, la cui interpolazione è da tutti riconosciuta⁴⁾. Ma di contro alla dizione alquanto incompleta di questi due passi sta il testo perspicuo e preciso della c. 27 C. 1, 4 (= c. 7 §§ 4 in parte, 5 - 6 b C. 5, 70), nella quale Giustiniano fissa le forme della *creatio* dei curatori e introduce un regime uniforme di garanzie per i tre casi della cura testamentaria (§ 1), della legittima (§ 2: v. Sin autem testamentum quidem parens non confecerit, lex autem curatorem utpote adgnatum vocaverit...), e della dativa (§ 2) per il caso in cui non esistano o vengano meno le altre due. Senonchè con questa costituzione

¹⁾ *Istit.* ⁶ p. 223.

²⁾ *Pand.* p. 955.

³⁾ *Manuel* ⁶, p. 229.

⁴⁾ APPLETON, *Rev. gén.* 1893, p. 251; FERRINI, *l. c.* p. 955 n. 1.; GIRARD, *l. c.* p. 229 n. 1: la frase *si talem-profuit* è ritenuta int. anche da Kalb-Krüger: vedi nota seguente.

Giustiniano stabiliva pure che i curatori, qualunque fosse il titolo della loro nomina, dovessero, prima di assumere l'ufficio, giurare sulle Sacre scritture di amministrare utilmente la sostanza del *furiosus*, compilare pubblico inventario e sottoporre - per garanzia della retta amministrazione - i loro beni ad ipoteca. In più per il curatore dativo si esigeva, nel caso in cui non avesse posseduto un'*idonea substantia*, anche una *fideiussio*. È appunto l'applicazione generale di tali formalità (*ad similitudinem tutorum*: v. § 1 della cost.) che ha fatto ritenere essere oramai soppressa la cura legittima, in quanto che - di fatto - nessuno poteva assumerne l'esercizio se non avesse prestato tutte quelle garanzie, che esigevano nelle provincie l'intervento del *praeses*, del vescovo e di tre alti ecclesiastici. Tale complicazione di forme, introdotta da Giustiniano allo scopo - senza dubbio - di fissare il regime e i requisiti per la *cura furiosi* in maniera uniforme per le diverse regioni dell'impero, accresceva in pratica la difficoltà nascenti nel caso di lucidi intervalli. Infatti se fosse stata accolta la dottrina per cui il curatore cessava quando il pazzo fosse tornato in sé, si sarebbero poi dovute, al termine del lucido intervallo, rinnovare tutte le formalità della *creatio*: e Giustiniano, *per motivi pratici*, decide «*creationem non esse finiendam*» adducendo come argomento che «*incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo sive in propinquo spatio et impossibile est et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui et per longum tempus sub eadem esse varietate, ut quibusdum videatur etiam paene furor esse remotus*», e che deveasi evitare che «*crebra vel quasi ludibrosa fiat curatoris creatio et frequenter tam nascatur quam desinere videatur*». Il dubbio teorico e la diversa soluzione adottata dalla dottrina avrebbero potuto portare gravi inconvenienti: e perciò l'imperatore decide per la permanenza del curatore, il quale però, durante il lucido intervallo, deve rimanere inoperoso.

Ma se è facile rendersi conto della preoccupazione pratica di Giustiniano, è invece difficile, dato lo stato delle fonti, ricostruire con precisione la dottrina classica e le discussioni in materia, e ben poco può aggiungersi alle congetture che abbiamo poco sopra avanzato. Appena da qualche traccia conservata nella compilazione possiamo ricavare qualche lievissimo indizio intorno alle opinioni dei giuristi.

La l. 1 pr. D. 27.10, Ulp. *lib. primo ad Sab.* è certo in gran parte

interpolata, come dicemmo ¹⁾; ma molto probabilmente la fine in cui si dichiara che se il *furiōsis recipit sanitatem ipso iure desinit in potestate esse*, rappresenta il pensiero di Ulpiano, e se ne può dedurre che durante il lucido intervallo (in realtà – per un certo tempo – difficilmente discernibile dalla guarigione completa) secondo Ulpiano la cura dovesse cessare e il rinsavito potesse compiere qualsiasi negozio.

Ciò è affermato da una costituzione di Diocleziano, c. 2 C. 4, 38 (a. 286), la quale peraltro nulla ci dice circa la posizione del curatore:

Emptionem et venditionem consensum desiderare nec furiosi ullum esse consensum manifestum est ²⁾. intermissionis autem tempore furiosos maiores viginti quinque annis venditiones et alios quoslibet contractus posse facere non ambigitur.

Credo non sia fondato il dubbio di interpolazione della frase *intermissionis-ambigitur*, dubbio espresso dal Rotondi con un punto interrogativo; escluderci il rimaneggiamento, sia per la forma (Giustiniano non adopera mai *ambigere*), sia per la sostanza in quanto che il principio fissato dalla costituzione parrebbe essere stato discusso soprattutto nei riguardi della *testamentifactio* attiva.

Giustiniano infatti nella sua c. 9 C. 6. 22 (anch'essa come le c. 6. 7 C. 5. 70, è al 1° settembre 530) scrive:

Furiosum in suis indutiis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit: nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit.

Giustiniano mentre riconosce la validità del testamento fatto durante il lucido intervallo, dichiara nullo quello durante la confezione del quale fosse sopravvenuto il *furor*: ma – secondo quanto egli

¹⁾ Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est, sed solent hodie praetores vel praesides [si talem hominem invenerint qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, KALB] curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.

²⁾ È il solito principio più volte ripetuto nelle fonti; v. D. 50, 17, 5; 40; 124 § 1.

afferma — ambedue i casi erano dibattuti dagli *antiqui*, delle cui controversie non abbiamo più traccia testuale.

Nelle fonti, a noi pervenute, troviamo chiaramente affermato che il *furiosus* non può far testamento (l. 2; l. 16 § 1; l. 17 D. 28, 1; cfr. a. l. 2 § 3 D. 29, 7), mentre è valido il testamento fatto prima che si iniziasse la malattia (l. 20 § 4 D. 28, 1); ma è pure ammesso che nei lucidi intervalli egli possa validamente compiere quell'atto. Ciò può presupporci già in base alla l. 20 § 4 D. 28, 1, Ulp. 1 ad Sab.:

Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit.

Così le *Sententiae*, III, 4a, 5, scrivono, come se fosse regola indiscussa:

Furiosus tempore intermissi furoris testamentum facere potest.

E, se Gaio proprio a questo punto della sua trattazione presenta una lacuna, l'*Epitome*, II, 2, 3 è però molto esplicita in materia:

Item hi, qui furiosi, id est mente insani fuerint, non possunt facere testamenta. Sed hi, qui insani sunt, per interyalla quibus sani sunt, possunt facere testamenta.

il che fa pensare che, come afferma anche il Ferrini, il pensiero espresso nel § 1 I. 2, 12 sia in tutto Gaiano. È pur vero che nel lib. sing. reg. IV, 20, 13 attribuito a Ulpiano, si dice solamente che il *furiosus* non può far testamento, *quoniam mentem non habet*, ma evidentemente l'autore di quel manualetto ¹⁾ nel § 13 non voleva che elencare una serie di incapacità a testare (*mutus, surdus, furiosus, prodigus* cui *lege bonis interdictum est*), adducendo per ciascuna il mo-

¹⁾ Così scrivo, anziché Ulpiano *tout court*, tenendo presenti le conclusioni del Beseler circa i *libri opinionum* di Ulpiano (v. a. KRÜGER, *Quellen* ², p. 268 n. 200) e circa le *Sententiae* di Paolo (v. BESELER, *Beiträge*, 3. p. 6; EBRARD, *Die Digestenfragm. ad form. hypoth. und die Hypothecarezeption*, 1917, p. 7. n. 27, p. 24. n. 89). Su tutt'altro v. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, 1916, p. 38 sgg.

tivo, e sarebbe arbitraria qualunque induzione circa la capacità durante il lucido intervallo.

Le controversie quindi suscitate nel diritto classico dal lucido intervallo del *furiosus*¹⁾, ci sono note solo attraverso le parole di Giustiniano, perchè l'opera degli uomini da un lato e l'invidia del caso dall'altro, sopprimendo i testi a quelle relativi, ci costringono oggi a pure induzioni circa quello che doveva essere il regime classico della cura nel periodo di lucidità del furioso.

2. Io mi sono voluto fermare su questa c. 6 C. 5, 70 non tanto per l'interesse dei problemi ch'essa pone, quanto perchè costituisce un esempio tipico dell'opera svolta dall'imperatore nel periodo intermedio fra la compilazione del primo Codice e quella delle Pandette. La c. 6 infatti, come del resto abbiamo veduto, non deve essere presa isolatamente: essa va collegata colla c. 9 C. 6, 22 relativa al testamento, e colla c. 7 C. 5, 70 nella quale Giustiniano rimaneggia tutta la materia della *cura furiosi*, prendendo anche qui lo spunto da controversie o dubbii classici.

Infatti nella prima parte di questa costituzione²⁾ l'imperatore dichiara che finchè il *furiosus* è sottoposto alla patria potestà non è il caso di pensare a cura perchè la *paterna verecundia sufficit ad gubernationem rerum quae ex castrensi peculio vel aliter ad eum (sc. furiosum) pervenerint et vel ante furorem adquisitae sunt vel in furore obveniunt*. Pure su questo punto esistevano ancora nell'ultimo diritto classico alcuni dubbii, tanto che Tertulliano nel suo libro *de castrensi peculio* non era molto esplicito su questo punto (...*licet Tertullianus...videatur obscure hanc sententiam attingere*). Nel seguito l'imperatore, dopo aver richiamato le disposizioni della sua c. 9 C. 6, 26 (cfr. § 1 I. 2, 16), prende a considerare il caso in cui al *furiosus sui iuris* venga deferita un'eredità: anche a questo riguardo Giustiniano assume come punto di partenza il diritto classico³⁾. Egli rileva come circa l'*hereditas paterna* non esistessero incertezze (*nulla est iuris ve-*

¹⁾ V. a. la I. 22 § 7 D. 24, 3: int. Cuiacio-Seckel: è un tipico *tractatus* di origine bizantina scolastica: v. pure il lucido intervallo in materia di responsabilità penale in I. 14 D. 1, 18, *Mac. lib. sec. de iud. publ.*

²⁾ Per l'esegesi di questa costituzione v. a. Di MARZO, *Le quinquaginta decisiones*, p. 35.

³⁾ Noto di passaggio lo stile trascurato della costituzione, e i tre successivi periodi (§§ 1 b. 2, 3) che si iniziano con un *ita autem*.

teris dubitatio)¹⁾, perchè *suus heres extat parentibus*²⁾, ma che invece « *magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est* » circa l'acquisto di altre eredità. L'imperatore decide (*utramque aciem iuris auctorum certo foedere compescentes*) che il furioso, come privo di volontà, non può nè adire l'eredità nè chiedere la *bonorum possessio*: può invece il curatore, colle forme stabilite dalla c. 9 C. 6. 9 di Costantino³⁾, « *eam possessionem agnoscere quae antea ex decreto dabatur* ». Vedremo più innanzi — esaminando i testi classici — quale sia la portata di tale decisione dell'imperatore: per l'esposizione sommaria del contenuto della costituzione basterà ora ricordare che a tale decisione seguono le disposizioni circa la nomina dei curatori, riprodotte nella c. 27 C. 1. 4 e già esaminata, e che nell'ultima parte l'imperatore si occupa dell'ipotesi in cui il furioso muoia prima di aver riacqui-

¹⁾ Cfr. l. 63 D. 29, 2 (DI MARZO, *l. c.* p. 35). È una nota di Marcello a Pomponio, *lib. sing. regul.*:

Furiosus adquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat: per alium autem adquiri ei potest, veluti per servum vel eum quem in potestate habet.

Sul perdurare della *patria potestas* malgrado il *furor* vedi l. 8 D. 1, 6 Ulp. 26 ad Sab. La l. 63 deve ricollegarsi colla l. 16 § 1 D. 28, 1 (int. i. f. *actiones personales*!) e forse colla l. 24 pr. D. 44, 7. Sul problema dell'acquisto dell'eredità lasciata al servo di cui sopravviene il *furor*, vedi l'opinione di Giuliano nella l. 47 D. 29, 2 Afric.

Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus, negavit recte servum aditurum. Quoniam non nisi voluntate domini adquiri hereditas potest, furiosi autem voluntas nulla est.

Quoniam est, int? De Medio-Krüger: il periodo potrebbe essere anche solo un glossema. Il concetto di Giuliano è che non basta la volontà iniziale al momento del *tussus*, e che è necessaria invece la volontà al momento dell'*aditto*.

²⁾ Cfr. l. 63 D. 29, 2; v. Coll XVI, 3 §§ 5, 6 = Paul Sent. IV, 8, §§ 5, 6: Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes et peregrinantes; quibus bonorum possessio nisi propter praetoriam actionem non erat necessaria. 6. Suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditarium dominium continuatur ut nec tutoris auctoritas pupillis nec furiosis curator sit necessarius, nisi forte *ut abstineant si minus* solvendo sit hereditas: quamvis etiam furiosus, si resipuerit, et pupillus, si adoleverit, abstinere possint.

Ho citato i due paragrafi secondo la lezione contenuta nei *Textes* del GIRARD che ha tenuto conto anche della recensione di SECKEL-KÜBLER nella seconda edizione della raccolta del HUSCHKE. Nelle *Fontes* edita da Riccobono, Baviera, Ferrini, si legge nel § 5 « *possessoris propter* », e nel § 6 « *nisi forte solvendo sit hereditus* », lezioni che evidentemente devono essere emendate in una prossima edizione di quella raccolta.

³⁾ Sulla data e l'autore della costituzione vedi KRÜGER, *Cod.* ad h. l.

stato l'intelligenza, o riacquistatala rinunci all'eredità, nel qual caso questa non passa ai suoi eredi, ma a coloro che l'avrebbero ottenuta in suo difetto, fra i quali devesi dare la preferenza a coloro « *qui mortis tempore furiosi propinquiore existant ei ad cuius bona vocabantur, si non in medio erat furiosus* ». Diversamente invece per i legati e i fedecommissi, che entrano nel patrimonio del furioso, a meno che questi, diventato *compos*, o il suo erede, li abbiano poi rifiutati.

Anche qui il punto sul quale io intendo richiamare l'attenzione è lo stato del diritto classico, nel quale, soprattutto a proposito dell'eredità non paterna, cui fosse chiamato il *furiosus*, esisteva, dice Giustiniano, *magnum certamen* fra i giuristi¹⁾. I termini della discussione, secondo quanto scrive l'imperatore, dovevano essere i seguenti:

1. Sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non.

2. Si (nel caso di risposta negativa al primo quesito) curator eius ad bonorum possessionem admitti debeat.

Inoltre ci riferisce Giustiniano:

3. Che « *antiquitas multas ambages constituit in curatore furiosi quemadmodum ab eo cautio vel satisfactio detur, vel pro quibus rebus vel quibus personis* » ambages che l'imperatore vuole eliminare (c. 7 § 4 C. 5. 70).

4. Che i *veteres iuris auctores*, per *inextricabilem circuitum*, avevano introdotto un sistema di cauzioni a carico di coloro che erano chiamati alla successione nel caso in cui il furioso fosse morto, o risanato, avesse rifiutato l'eredità (c. 7 § 8 C. 5. 70), sistema di cauzioni che Giustiniano abolisce.

Considerando ora i punti 1 e 2 noi possiamo ritenere anzitutto²⁾ che — esclusa la prima ipotesi della *paterna hereditas* — il furioso non potesse nel diritto classico avvantaggiarsi dell'eredità nè coll'accettarla nè col chiedere la B. P. perchè *furiosi nulla voluntas est*: ciò può dedursi non solo dalle ll. 47 e 63 D. 29. 2 già citate, ma per l'adi-

¹⁾ Noto che anche a proposito delle garanzie da prestarsi da coloro che sono chiamati all'eredità non accettata dal furioso o perchè morì prima di riprendere le sue facoltà intellettuali o perchè *compos* la rifiutò, dice l'imperatore che i *veteres iuris auctores* le avevano introdotte per *inextricabilem circuitum*. Giustiniano le abolisce.

²⁾ Così a. GIRARD, *Man.* p. 88 n. 6.

zione anche dalla l. 5 D. 50. 17, Paul. II ad Sab. che deve collocarsi col Lenel (Pal. Paul. 1614) sotto la rubrica *de acquirenda vel omittenda hereditate*.

Escluso che il *furiosus* potesse adire l'eredità o chiedere la *B. P.*, la discussione veniva a cadere sul punto se e come il curatore potesse agire nell'interesse di lui. Ora si può ritenere che, per quanto riguarda l'*aditio*, la dottrina sia rimasta fedele ai vecchi principii, secondo i quali l'adizione è atto strettamente personale, nel quale il furioso non può essere sostituito dal curatore, e che quindi di *aditio* non può parlarsi se non per il caso in cui il furioso divenga *compos mentis*.

Ma in tema di *bonorum possessio*, la tendenza del diritto pretorio e della dottrina, fu nel senso di ammettere dei temperamenti (come ne ammise in questa materia per l'*infans* nei riguardi del padre, per l'impubere nei riguardi del tutore).

Per il caso del *furiosus* la dottrina pare peraltro siasi divisa in due correnti. La prima è rappresentata soltanto da due frammenti delle Pandette, i quali fanno presupporre che all'epoca di Gaio da alcuni giuristi si ammettesse la possibilità che il curatore potesse richiedere per il furioso la *bonorum possessio* ordinaria: tale è il pensiero che emerge dalla l. 11 D. 25. 8 Gai. lib. quinto ¹⁾ decimo ad Ed. Prov.:

Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat expediendarum rerum gratia et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque (-ve, Mommsen) spectari debere placuit; qui scilicet si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisque iudicio tenebuntur.

Da questo frammento apparirebbe una piena equiparazione fra il pupillo e il furioso, in modo che il tutore e il curatore, rispettivamente, sarebbero ammessi a chiedere la *bon. possessio* ordinaria ²⁾.

Senonchè, secondo l'Alibrandi ³⁾ seguito dal Gradenwitz ⁴⁾ e dal

¹⁾ Quarto: Krüger, cfr. D. 37. 1. 11.

²⁾ Così LEIST in GLÜCK, *Pand.* Serie libri XXXVII-XXXIVII, § 1604, n°. 7.

³⁾ *Opere*, I, p. 589-590 (= *Bull. I. D. R.*, II, p. 160-161); v. a. DI MARZO, *loc. cit.* pag. 35.

⁴⁾ *Grünhut's Zeitschr.* XVIII, p. 341, n. 7.

Solazzi¹⁾ la menzione del *curator furiosi* nel nostro testo sarebbe interpolata, e Gaio non avrebbe qui parlato che del pupillo. Malgrado tale accordo fra gli scrittori, io confesso peraltro di rimanere esitante circa la supposta interpolazione, che forse non conviene estendere oltre le parole *curationisve iudicio*» sostituite a «*vel negotiorum gestorum iudicio*». Tale mia riluttanza deriva in primo luogo dalla considerazione che *curatio* è veramente parola del vocabolario Gaiano, come rilevò il Solazzi²⁾; in secondo luogo, poichè il testo (assimilando al pupillo il furioso) viene ad ammettere la possibilità dell'*agnitio* per mezzo del curatore di una *bonorum possessio* ordinaria, e quindi definitiva, a favore del furioso, esso sta a rappresentare proprio la tendenza opposta alla decisione giustinianea che — come vedremo — era invece per una *bon. poss.* provvisoria richiesta dal *curator, furiosi nomine*: e non mi pare possibile ammettere che i compilatori malgrado la fretta potessero alterare di proposito un testo senza accorgersi che doveva interpretarsi in modo opposto al pensiero dell'imperatore.

Infine il principio ammesso da Gaio in questo frammento, e cioè la possibilità di una *bon. possessio ordinaria*, si ritrova in un passo di Ulpiano, in cui è ricordata una decisione di Antonino Pio: l. 36 (35) D. 36, 1, Ulp. lib. 6 de off. prov.

Cum heres instituta furiosa hereditatem esset rogata restituere, curatorem eius secundum tabulas bonorum possessione accepta posse transferre actiones divus Pius decrevit.

Peraltro questa corrente, all'epoca del Severi, appare felicemente contrastata da un'altra, nelle fonti rappresentata da Papiniano, la quale ammette che il curatore possa solamente domandare una *bonorum possessio* decretale provvisoria *furiosi nomine*.

Ciò risulta anzitutto dalla l. 1 D. 37. 3 Papin. lib. XV quaestionum, ch'è il frammento più istruttivo in questa materia:

Furioso Titius substitutus est: bonorum possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem condicione est, neque instituto neque substituto cedit, nec, si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefini-

¹⁾ *Minore età*, 1913, p. 66, p. 289, n. 2.

²⁾ *L. c.* p. 283-289; e p. 289 n. 2 i. f.

tum est, videbitur cedere: nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. quid ergo si curator accipere nolit? nonne iustius atque utilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari ne bona iaceant? quo admissio substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat nec tamen ¹⁾ furicus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem adquireret.

Da questo testo si ricava:

A. Che il *furiosus* non può chiedere l'ordinaria *bonorum possessio*, tant'è che nè nei riguardi suoi nè in quelli dal *substitutus* decorrono i termini: la delazione è aperta validamente per tutta la durata dell'infermità di mente (efr. l. 1 § 5 D. 38. 9 Ulp. 49 ad Ed.).

B. Che il curatore può peraltro chiedere, *furiosi nomine*, che per garanzia venga concessa una *bonorum possessio*, la quale è decretale ²⁾, (è appunto il decreto del magistrato che viene a sostituirsi alla volontà deficiente da parte del *furiosus*) e provvisoria, cioè è limitata dalla durata delle circostanze di fatto, e continua sinchè il *furiosus* sia divenuto *compos mentis* e abbia domandato la *bon. poss.* ordinaria, oppure sia morto senza averla domandata.

C. Che il curatore può tralasciare di chiedere la *bon. poss.* decretale; se il curatore la omette, per evitare – secondo i principii generali della *bon. poss.* – che *bona iaceant*, il *proximus quisque* (nel caso fatto da Papiniano è il *substitutus*) può chiedere la *bon. possessio* (che è provvisoria, ma non decretale perchè il sostituto agisce per sè), dando cauzioni «*omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret.*»

D. Che i beni ereditarii, a seconda di tali diverse circostanze di fatto, possono seguire diverse vie: e cioè:

¹⁾ *Tamen* del. MOMMSEN.

²⁾ Vedi LEIST, l. c.; GIRARD, *Man.* p. 386 n. 6. Intorno alla *bonorum possessio decretalis* v. l. 1 § 7 D. 38. 9, Ulp. 49 ad Ed.: l. 2 § 11 D. 38, 17 Ulp. 13 ad Sab.: e l'annotazione di Teodoro in Bas. XL. 2, 1.

I. Il *substitutus* o altro *proximus quisque* non ha chiesto la *bon. poss.* provvisoria: in tal caso:

α) Se il curatore non ha chiesto la *b. p. decretale* e l'infermo di mente muore durante il *furor* o guarito non *agnoscit hereditatem* o la ripudia, è chiamato il *proximus quisque* (il *substitutus*), o coloro ai quali secondo le regole generali *bona restitui debent*. (cfr. l. 1 D. 37. D. 3; l. 2 § 11 D. 38. 17: c. 1 C. 6. 16 a. 223).

β) Se il curatore ha invocato la *bon. poss.* e il *furiosus* muore senza aver acquistato l'eredità, la restituzione sarà fatta dagli eredi del *furiosus* all'avente diritto, comprendendosi i frutti *quibus furiosus locupletior factus est*¹⁾.

II. Il *substitutus furiosi* (o un *proximus quisque*) ha ottenuto la *bon. possessio*: allora:

α) Il *furiosus* muore prima del sostituto senza aver acquistato l'eredità: in tale ipotesi il sostituto precede gli altri, può acquistare l'eredità o chiedere la *bon. poss.* ordinaria, circa la quale comincia a decorrere il termine dalla morte del *furiosus*.

β) Il sostituto - dopo aver ottenuta la *bon. poss.* provvisoria - muore prima del *furiosus*, ma questi è tolto di mezzo senza aver acquistato (o perchè morto durante il *furor*, o dopo la guarigione ma senza aver fatta l'adizione o chiesta la *bon. possessio*)*. In tale ipotesi i beni *restitui debent* a coloro cui il *furiosus non obstat* e a favore dei quali appunto sono state prestate le cauzioni (v. l. 1 D. 37. 3. i. f.).

γ) Il *furiosus* non muore durante il *furor* e, guarito, acquista l'eredità. In tal caso il sostituto deve restituirgli il patrimonio, così come deve riconsegnarglielo il curatore, che avesse *nomine furiosi* ottenuto la *bon. poss. decretalis*, e che del patrimonio risponde di fronte al suo amministrato. Perciò appunto la questione della cauzione del curatore diventò un problema importante nel regime della *cura furiosi*, come attesta Giustiniano al § 4 alla sua costituzione.

E. Dalla l. 48 § 1 D. 31 Proc. 8 Epist. si ricava poi che una volta concessa la *bon. poss.* al curatore potevano aver effetto le rimanenti disposizioni del testamento, i legati ad esempio, però ai legatarii era imposto l'obbligo di cauzione.

¹⁾ Cfr. l. 51 pr. D. 5. 3, Pap. 2 Resp. [exceptis videlicet - potest] int. FABER, *Rat.* 2, 312.

È indubbio che il contrasto fra la prima dottrina rappresentata dal testo di Gaio e dal reseritto di Antonino e la seconda rappresentata nelle fonti di Papiniano doveva avere la sua espressione in una larga serie di testi, ora soppressi, e non poteva non colpire l'imperatore: inoltre appariva a lui come un *inextricabilis circuitus* tutta la complessa dottrina delle cauzioni da prestarsi e dal curatore e dal *proximus quisque* che aveva ottenuto la *bon. poss.*, e dai legatarii nel caso in cui avessero, dal curatore ammesso alla *bon. poss. decretale*, ottenuto i legati: di qui l'intervento di Giustiniano, il quale semplifica la materia, elimina le controversie, adottando il regime della *bonorum possessio* provvisoria richiesta del curatore *furiosi nomine*, modificandola però sostanzialmente. Infatti nel diritto classico il curatore era pienamente libero di proporre o meno la domanda per la *bon. possessio decretale*: Giustiniano dispone invece che egli debba richiedere la *bon. poss.* ove stimi utile al furioso l'acquisto ereditario:

§ 3... curatori licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existinaverit.

Inoltre la *bon. possessio* domandata dal curatore non è più concessa per decreto; gli ambagi di questa procedura sono aboliti e anche alla *bon. poss.* richiesta dal curatore *furiosi nomine* si debbono applicare le disposizioni della c. 9 C. 6, 9, la quale abolisce la *petitio solenne* e fissa le norme per l'acquisto senza formalità della *bon. possessio*. Cosicché, pur rimanendo provvisoria, essa non è più decretale e viene - ridotte ormai tutte le formalità - a confondersi colla *bon. possessio* ordinaria: ciò spiega come siasi potuti includere nella compilazione testi come la l. 11 D. 26, 8 di Gaio e la l. 36 (35) D. 35. 1 colla menzione del reseritto di Antonino. Esse per diritto classico andavano riferite alla *bon. possessio* ordinaria e rappresentavano quindi la teoria più lata: nella compilazione esse vengono invece riferite alla *bon. possessio* provvisoria che Giustiniano accoglie, togliendole peraltro il carattere decretale.

L'altra innovazione dell'imperatore consiste nello stabilire che, in caso di guarigione del *furiosus*, l'atto di *agnoscere hereditatem* non debba avvenire, come precedentemente, nella forma di *petitio bon. possessionis*, ma colla dichiarazione - ormai priva di formalità - di voler acquistare l'eredità; ciò perchè ormai Giustiniano (v. c. 19 e 22

C. 6. 30, *de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate*) abolita la *cretio* (v. c. 17 C. 6. 30), riconosce bastevole qualsiasi manifestazione della *voluntas suscipiendae hereditatis* e dichiara superflua la *bonorum possessionis agnitio*. Cosicché sotto questo rapporto si può veramente dire che l'*hereditas* e la *bonorum possessio* sono state dall'imperatore completamente assimilate.

Nulla innova invece l'imperatore circa la restituzione del patrimonio, e circa le persone cui essa deve esser fatta.

3. L'esame condotto intorno al contenuto ed ai precedenti di tali costituzioni giustinianee relative alla *cura furiosi* induce a considerare il problema più generale dell'attività svolta da Giustiniano nel periodo che corre fra la compilazione del primo codice e l'inizio della compilazione delle Pandette.

Infatti, chi abbia presenti gli studi del Longo e miei ¹⁾ sulla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette, avrà rilevato come il gruppo di costituzioni qui studiate (c. 6 e 7 C. 5, 70; c. 27 C. 1. 4; c. 9 C. 6. 22) riveli nell'imperatore, rispetto ai precedenti classici, lo stesso atteggiamento che abbiamo, rispetto ad altre questioni, incontrato nell'esame delle costituzioni connesse coll'esame delle diverse masse durante la compilazione del Digesto. Anche qui scopo delle costituzioni è quello di eliminare dubbi teorici, controversie dottrinali, *ambages* e *circuitus*, scegliendo la soluzione più adatta alla pratica e più consona col nuovo sistema: anche qui sono frequenti i richiami alle dottrine classiche, anche qui si rivela che i testi contenenti le controversie dei giuristi, in seguito alla decisione imperiale, sono stati quasi tutti soppressi.

Le somiglianze di forma e di sostanza che si riscontrano - e quello da noi scelto non è che un esempio - fra le costituzioni relative alla compilazione delle Pandette e quelle emanate tra il XV Kal. Oct. del 529 e il XVIII Kal. Ian. 531, e soprattutto i non infrequenti richiami ai giuristi classici contenuti in queste ultime, permettono pertanto di emettere l'ipotesi, che dovrà essere provata coll'esame completo delle fonti, che in quei quindici mesi sia stato compiuto un lavoro prepa-

¹⁾ LONGO, *Bull. I. D. R.* XIX p. 132 sgg.; DE FRANCISCI, *Bull. I. D. R.* XXII, p. 155 sgg.; XXIII, p. 39 sgg.; 186 p. sgg.; XXVII, p. 5 sgg. Il Wenger in una comunicazione privata dichiaravami di ritenere tali ricerche *ungemein wertvoll*.

ratorio, che facilitò la successiva opera dei compilatori, riducendo il numero delle questioni controverse e quindi i materiali dei quali dovevano occuparsi.

Non è chi non veda l'importanza che assume, e per la storia della compilazione e per la conoscenza più esatta dell'opera riformatrice di Giustiniano, l'esame di tali costituzioni, le quali hanno recentemente formato oggetto di studio da parte del Di Marzo ¹⁾ e del Krüger ²⁾, col fine di distinguere in esse le *decisiones* dalle costituzioni di altro tipo.

Dopo le critiche - non tutte esatte - rivolte dal Krüger al Di Marzo anche tale questione può ritenersi ancora aperta; essa però non è, fra quelle che a proposito di quelle costituzioni si presentano, la più importante.

Di gran lunga più interessante mi sembra l'esame interno delle riforme giustiniane compiute in tale periodo intermedio, esame che formerà appunto oggetto del lavoro ch'io sto preparando. Qui basterà accennare al punto di partenza di esso e alle direzioni cui si sono volte le mie ricerche.

Anzitutto mi pare che non sia stato, sin qui, dato tutto il valore che si meritano alle parole di Giustiniano che si leggono nella c. Cordi § 1.

Postea vero, cum vetus ius considerandum recepinus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus.

Da queste espressioni dell'imperatore ritengo si possa dedurre, senza incertezza, che, dopo la compilazione del primo codice, egli si accinse tosto a considerare il *vetus ius*, e che frutto di tali sue considerazioni sono state le *quinquaginta decisiones*, prima, e quindi - una volta deciso il *propositum opus* (le Pandette) - le altre costituzioni che ad esse, secondo quanto dimostrammo il Longo ed io, si connettono. A me pare pertanto indubbio che anche le *quinquaginta deci-*

¹⁾ *Le quinquaginta decisiones*, Palermo, 1899.

²⁾ In *Aus Röm. u. Bürg. Recht. Festg. f. Bekker*), p. 3. sgg.

siones dovessero riferirsi esclusivamente a controversie esistenti nel diritto classico: lo nega, per vero dire, il Krüger¹⁾ dicendo che manca qualsiasi argomento a sostegno di quell'affermazione: ma, a mio credere, vide esattamente su questo punto il Di Marzo e la sua tesi è sorretta dalle stesse dichiarazioni dell'imperatore. Obbietta il Krüger che anche il Di Marzo include fra le *decisiones* la c. 24 C. 6. 37, la quale si dovrebbe riferire a controversie del periodo post-classico: ma l'obbiezione non ha valore alcuno perchè come altrove rilevai²⁾ proprio quella costituzione si ricollega collo spoglio della massa Papi-niana.

Questo della connessione col diritto classico è pertanto il primo criterio da seguirsi per distinguere le *quinquaginta decisiones* e le costituzioni « *ad commodum propositi operis pertinentes* », da tutto il resto dell'opera legislativa dell'imperatore.

Si presenta allora agli scrittori il problema, discusso appunto dal Di Marzo e dal Krüger, della distinzione delle *L. Decisiones* dalle altre costituzioni giustiniane relative all'opera di spoglio del *vetus ius*. Una tale questione - come dimostrano i risultati opposti cui sono pervenuti gli scrittori sopra citati - presenta enormi difficoltà, sia perchè i criteri formali non bastano (data la varietà di espressioni usata da Giustiniano) a stabilire se una costituzione debba rientrare fra le *decisiones* o meno, sia perchè le leggi ci sono pervenute attraverso il secondo codice e quindi indubbiamente, in parte, modificate, e, soprattutto, spezzate in taluni casi, conglobate in altri. Ciò è dichiarato da Giustiniano stesso nel § 1 della c. Cordi. (...cum earum quaedam ex emersis postea factis aliquam meliore consilio permutationem vel emendationem desiderabant...; ...necessarium nobis visum est... easdem constitutiones nostras decerpere et in singula discretas capitula ad perfectarum constitutionum soliditatem competentibus supponere titulis et prioribus constitutionibus eas adgregare)³⁾.

¹⁾ *l. c.* p. 10.

²⁾ *Bull. I D. R.* XXII, p. 197 sgg.

³⁾ Potrebbe alcuno essere tentato di interpretare - nel § 1 della c. Cordi - le parole « *ad commodum propositi operis pertinentes* », come riferite solo ad « *aliae* » e non anche a « *L. Decisiones* », e si potrebbe quindi essere indotti a supporre che le *L. Decisiones* siano tutte anteriori alla c. *Deo Auctore* e che le costituzioni relative al *propositum opus* siano invece le successive. L'ipotesi però mi sembra da escludere, quantunque le costituzioni posteriori al primo codice e anteriori alla c. *Deo Auctore*, che vanno connesse col diritto classico, siano proprio

Il problema peraltro oltrechè di soluzione difficile non condurrebbe che ad una distinzione irrilevante da un lato e dannosa dall'altro per la conoscenza complessiva dell'opera giustiniana. Irrilevante, perchè come dimostrano le ricerche intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette, l'opera dell'imperatore ha potuto e dal Longo e da me essere seguita ben d'avvicino prescindendo da quella suddivisione: dannosa, perchè, portato l'interesse solamente sulle *decisiones*, si viene a perdere la veduta d'insieme dell'attività legislativa di Giustiniano e a relegare in un secondo piano costituzioni, le quali hanno e per i loro riattacchi al diritto classico e per la materia e per le innovazioni introdotte dall'imperatore importanza non minore di quelle classificate fra le *Decisiones*.

Tutto ciò appare evidente ove si confrontino gli elenchi di *Decisiones* date dal Di Marzo e dal Krüger, nei quali, sempre e solo per motivi di forma, o si escludono, come fa il Di Marzo, costituzioni relative a controversie classiche non aventi l'apparenza di *decisio*, o si includono, come fa il Krüger, costituzioni relative a questioni post-classiche (in contraddizione col § 1 c. Cordi), perchè le espressioni usate danno loro l'apparenza di *Decisio*. Per il periodo che e' interessa (dal XV Kal. Oct. 529 al XV Kal. Dec. 530) le costituzioni prese in considerazione dal Di Marzo e dal Krüger sono le seguenti: ¹⁾

Secondo il Di Marzo:

Secondo il Krüger:

XV K. Oct. 529. c. 5 C. 6, 57

III K. Nov. 529. c. 12 §§ 2-5 C. 1, 14

V K. Mart. 530. c. 21 C. 4, 21 ²⁾

XV K. Apr. 530. c. 22 C. 4, 29

una *cinquantina*. Infatti l'ipotesi si fonda anzitutto sul presupposto che la compilazione delle Pandette, l'*opus propositum*, non fosse già concepita e in parte preparata da Giustiniano prima della c. *Deo Auctore*, ciò che è improbabile. In secondo luogo non deve dimenticarsi che Giustiniano stesso designa come *decisiones* la c. 5 C. 6. 27 (v. c. 6 C. 6. 27) e la c. 20 C. 6. 30 (v. c. un. § 10 b C. 6. 51) posteriori alla c. *Deo Auctore* e connesse collo spoglio dei libri Sabiniani (v. *Bull. I. D. R.* XXII, p. 156); ciò dimostra che anche le *L Decisiones* erano connesse col *propositum opus* e che l'interpretazione sottile, su cui quell'ipotesi si fonda, è da escludere.

¹⁾ Nell'elenco delle *decisiones* sec. il Krüger ho segnate con asterisco quelle comprese anche nell'elenco del Di Marzo.

²⁾ La cost. è del 531: v. Longo, *Bull. I. D. R.* XIX, p. 161.

Secondo il Di Marzo:

K. Aug. 530.	c. 12 C. 3, 33
	c. 10 C. 4, 5
	c. 7 C. 4, 28
	c. 24 C. 4, 29
	c. 15 C. 4, 38
	c. 13 C. 5, 51
	c. 20 C. 6, 2
	c. 1 C. 7, 7
	c. 2 C. 8, 21
	c. 13 C. 8, 37
Kal. Sept. 530.	c. 6 C. 5, 70
(cfr. c. 7 eod.;	c. 9 C. 6, 22)
K. Oct. 530.	c. 13 C. 3, 33
	c. 14 C. 3, 33
	c. 15 C. 3, 33
	c. 16 C. 3, 33
	c. 11 C. 4, 5
	c. 25 C. 5, 4
	c. 26 C. 5, 4
	c. 21 C. 6, 2
	c. 6 C. 6, 57
	(cfr. c. 14 C. 7, 4)
XV K. Dec. 530.	c. 24 C. 2, 18
	c. 2 C. 4, 27
	c. 22 C. 6, 2

Secondo il Krüger:

	c. 3 C. 4, 66
	c. 11 C. 5, 27
VI K. Apr. 530.	c. 20 C. 4, 20
XII K. Aug. 530.	c. 7 C. 4, 28 ¹⁾
XI K. Aug. 530.	c. 24 C. 5, 4
	c. 8 C. 4, 8
K. Aug. 530.	c. 12 C. 3, 33*
	c. 10 C. 4, 5*
	c. 24 C. 4, 29*
	c. 15 C. 4, 38*
	c. 13 C. 5, 51*
	c. 20 C. 6, 2*
	c. 1 C. 7, 7*
	c. 2 C. 8, 21*
	c. 13 C. 8, 37*
K. Sept. 530.	c. 6 C. 5, 70*
	c. 7 § 3 C. 5, 70*
	c. 9 C. 6, 22*
K. Oct. 530.	c. 13 C. 3, 33*
	c. 14 C. 3, 33*
	c. 15 C. 3, 33*
	c. 16 C. 3, 33*
	c. 11 C. 4, 5*
	c. 25 C. 5, 4*
	c. 26 C. 5, 4*
	c. 21 C. 6, 2*
	c. 6 C. 6, 57*
	c. 14 C. 7, 4*
XV K. Dec. 530.	c. 24 C. 2, 18*
	c. 2 C. 4, 27*
	c. 22 § 1
	c. 22 § 3
	c. 22 § 4

C. 6,
2* 2)

¹⁾ Per il Di Marzo la cost. avrebbe la data: *K. Aug.*

²⁾ Per il Krüger sarebbero tre decisioni; una decisione per il Di Marzo.

Secondo il Di Marzo:

c. 4 C. 6, 27

c. 3 C. 6, 29

c. 4 C. 6, 29

c. 23 C. 6, 37

c. 16 C. 7, 4

c. 17 C. 7, 4

c. 2 C. 7, 4

... 530. c. un. C. 7, 5

... 530 vel 531. c. un. C. 7, 25²⁾*Secondo il Krüger:*

c. 4 C. 6, 27*

c. 3 C. 6, 29*

c. 4 C. 6, 29*

c. 23 pr.) C. 6,
c. 23 § 2 (37^{*1)}

c. 16 C. 7, 4*

c. 17 C. 7, 4*

c. 2 C. 7, 7*

... 530. c. un. C. 7, 5*

Ora nell'elenco del Krüger noi troviamo alcune costituzioni che egli considera *decisiones* solo per la forma, quantunque relative a materie post-classiche e quindi non *decisiones* in base a quanto osservammo. Debbono pertanto escludersi dall'elenco le seguenti costituzioni:

c. 5 C. 6, 57, relativa alle *mulieres illustres* (e alla successione nelle *res maternae* dei *fili iusti e spurii*) e alle concubine.

c. 3 C. 4, 66, circa i miglioramenti portati dall'enfiteuta al fondo.

Devono ancora escludersi le costituzioni:

c. 11 C. 5, 27, relativa all'applicazione della c. 10 C. 5, 27 di Giustiniano stesso.

c. 20 C. 4, 20, provocata da incertezze sorte nella pratica.

Devono invece aggiungersi allo stesso elenco del Krüger - da chi si faccia a studiare il lavoro di esame del *vetus ius* iniziato da Giustiniano dopo la compilazione del codice - le seguenti costituzioni che, se anche non sono *decisiones*, pure si collegano a controversie od opinioni classiche:

¹⁾ Due decisioni per il Krüger, unica per il Di Marzo.

²⁾ Anche a me la c. un. C. 7, 25 pare anteriore alla compilazione delle Pandette, per motivi che qui sarebbe lungo esporre.

XV K. Oct. 529. — c. 33 c. 3, 28: § 1: *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non ditius erubescat posita, quam Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem.*

c. 1 C. 6, 43. (cfr. Inst. 2, 20 § 2 e 3). È la nota riforma dei legati, diretta ad eliminare *ambages et circuitus*.

III K. Nov. 529. — c. 4 C. 2, 55: § 7... *formidinem veteris iuris amputamus.*

c. 3 C. 6, 4: vedi nel pr.... *antiqua interpretatione semota*; e la menzione dei *veteres*.

c. 19 C. 6, 30. *Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus...*

c. 30 C. 6, 42. *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis...*

c. 14 C. 7, 45. *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit.*

c. 7, C. 6, 25: vedi § 1: *Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu...*

K. Aug. 530. — c. 23 C. 4, 29. ¹⁾ *Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes...* ²⁾.

Pertanto, lasciando da parte — perchè di minore interesse — il problema della distinzione fra le *decisiones* e le altre costituzioni relative *ad commodum propositi operis*, chi si ponga come fine la ricostruzione del lavoro preparatorio svolto dall'imperatore anteriormente alla c. *Deo Auctore* dovrà prendere in considerazione le leggi seguenti:

XV K. Oct. 529. — c. 33 C. 3, 28 — c. 1 C. 6, 43.

III K. Nov. 529. — c. 12 C. 1, 14 — c. 4 C. 2, 55 — c. 3 C. 6, 4 — c. 19 C. 6, 30 — c. 30 C. 6, 42 — c. 14 c. 7, 45.

XV K. Apr. 530. — c. 22 c. 4, 29.

XI K. Aug. 530. — c. 24 C. 5, 4 — c. 7 C. 6, 25 — c. 8 C. 8, 41.

K. Aug. 530. — c. 7 C. 4, 28 — c. 12 C. 3, 33 — c. 10 C. 4, 5 —

¹⁾ La costituzione è certo del 530; incerto è solo se sia da attribuire a XV K. Apr., o K. Apr., o K. Aug.

²⁾ Esigenze di spazio mi vietano di esporre qui i motivi per cui tali costituzioni devono collegarsi con un esame delle opere classiche: ciò sarà dimostrato nel lavoro che sto preparando.

c. 23 C. 4, 29 — c. 24 C. 4, 29 — c. 15 c. 4, 38 — c. 13 C. 5, 51 —
c. 20 C. 6, 2 — c. 1 C. 7, 7 — c. 2 C. 8, 21 — c. 13, C. 8, 37.

K. Sept. 530. — c. 6 C. 5, 70 — c. 7 C. 5, 70 (cfr. c. 27, C. 1, 4) —
c. 9, C. 6, 22.

K. Oct. 530. — c. 13 C. 3, 33 — c. 14 C. 3, 33 — c. 15 C. 3, 33 —
c. 16, C. 3, 33 — c. 11 C. 4, 5 — c. 25 C. 5, 4 — c. 26 C. 5, 4 —
c. 21 C. 6, 2 — c. 6 C. 6, 57 — c. 14 C. 7, 4.

XV K. Dec. 530. — c. 24 C. 2, 18 — c. 2 C. 4, 27 — c. 22 C. 6,
2 — c. 4 C. 6, 27 — c. 3 C. 6, 29 — c. 23 c. 6, 37 — c. 16 C. 7, 4 —
c. 17 C. 7, 4 — c. 2 C. 7, 7 — c. un. C. 7, 5.

. . . 530. — c. un. C. 7, 25¹⁾.

Tutte queste costituzioni si riconnettono con materie trattate nel diritto classico rispetto alle quali è intervenuta l'opera di riforma dell'imperatore. Esaminare ciascuna di esse, fissare con precisione sia la natura dei precedenti sia la portata della riforma giustinianea, vedere in quali opere classiche fossero soprattutto discussi i problemi, e quali siano stati gli scritti classici presi a considerare prima che si iniziasse propriamente il lavoro di compilazione, costituisce il tema del lavoro ch'io preparo: esso, colmando la lacuna ora esistente fra l'opera del Nostro intorno alla compilazione del Codice e gli studi del Longo e miei intorno alla compilazione delle Pandette, sarà un contributo alla ricostruzione del lavoro preparatorio di queste e varrà, io spero, a completare e precisare le nostre conoscenze intorno alla storia della compilazione e alla posizione assunta da Giustiniano di fronte alle dottrine classiche.

P. DE FRANCISCI.

¹⁾ Le costituzioni sono 47 e, ove si ritenga col Krüger che la c. 22 C. 6, 2 comprenda tre decisioni e la c. 23 C. 6, 37 due, avremmo proprio il numero di cinquanta. Ma si tratta di una coincidenza casuale e che non permette nessuna conclusione circa il problema delle *Decisiones* dato quanto rilevammo nella n. 3 a pag. 21.

SUL “ LIBER SINGULARIS REGULARUM „

APPUNTI GAIANI

Il duplice titolo di queste note non meraviglierà nessuno che sia al corrente della letteratura (assai scarsa, in verità, e poco varia) intorno ai cosiddetti *tituli ex corpore Ulpiani*. E infatti l'unica indagine che in proposito abbia alcun poco interessati gli storici delle fonti è quella dei rapporti fra il *liber singularis* e le Istituzioni di Gaio.

Ma non si può dire che la ricerca abbia fatto un passo innanzi da quando (1855) il Böcking ¹⁾ fissò in una tavola di ragguaglio le concordanze fra l'una e l'altra opera, e il Mommsen ²⁾ ne trasse la conseguenza evidente, che l'autore delle *regulae* avesse prese a base del suo lavoro le *institutiones*.

Anzi si è corso il rischio di fare qualche passo indietro: non tanto in seguito alla isolata supposizione del Krüger ³⁾, che le somiglianze fra i due scritti trovino spiegazione nella uniformità dell'assunto, quanto

¹⁾ *Ulpiani liber singularis regularum*, IV. emendavit Ed. BOECKING, Lipsiae, 1855, p. 192 sgg.

²⁾ Nella citata ediz. di BOECKING, p. 109 sgg. (= *Jurist. Schr.*, II, 47 sgg.); dove, enumerati i luoghi aggiunti o accresciuti o spostati nella redazione delle *regulae*, il MOMMSEN proseguiva: « Contra quae Gaius habet, ea omnia redeunt apud Ulpianum, vel si qua minora desiderantur, consulto ea resecta esse apparet. Omnino tota res ita comparata est, ut Ulpianus librum regularum ad Gaianas institutiones aut ipse exegisse putandus est, aut ita scripsisse ac si ad eum (l. eas?) esset exigendus ». Cfr. lo stesso MOMMSEN in *Jahrb. d. gem. R.s.*, III, 13 (= *Jurist. Schr.*, II, 26), n. 36; fra i più recenti GRUPE, *ZSS.*, XX, 90 sgg.; FITTINO, *Alter u. Folge* ², 52, 116, e ripetutamente KNIFF, sia nel libro *Der R.sGet. Gaius u. d. Ediktskomm.* (1910), sia nei volumi del commento alle Istituzioni (1911 sgg.).

³⁾ *Gesch. der Quellen* ², 249, n. 206.

per effetto della più recente tendenza, cui sostanzialmente accede il Krüger medesimo¹⁾, a considerare le due opere come condotte, nelle parti che coincidono, sopra una fonte comune.

Ad escludere la prima supposizione del Krüger, può bastare il più sommario tra i confronti (si paragonino, ad esempio, il titolo *de adoptionibus* delle *regulae* [VIII] e Gai. I 97-104. 107); ma vi sono anche coincidenze che escludono in modo assoluto la più diffusa tendenza accennata. Si confrontino ad esempio

reg. 11, 28: Liberantur tutela masculi quidem pubertate. puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare potest: Proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum.

Gai. I 196: Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur, puberem autem Sabinus et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt: sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est cum puberem esse existimant [qui XIII annos explevit..... (la lacuna continua)].

Come in questo caso la diffusa relazione della divergenza fra le scuole esclude che il testo delle Istituzioni (e quello delle *regulae* che lo riassume) risalga alla fonte di Gaio, altrettanto deve dirsi, per la fonte di diritto commentata, a proposito di Gai. I 168 (= *reg.* 11, 6), II 196 (= *reg.* 24, 7).

Quanto sia profonda la coincidenza fra le due opere, è troppo facilmente dimenticato dagli studiosi, nonostante l'energico rilievo del

¹⁾ *Ibid.* Cfr. specialmente JOERS, in PAULY-WISSOWA, *Real-Enc.*, V, 1449 sg. (v. *Domitius*), e ivi citt.; KUEBLER, *ibid.*, VII, 502 sg. (v. *Gaius*): H. KRUEGER, *Grünhuts Ztschr.*, XL, 279 sgg.; e le molte citazioni di BALOG, *Ueber das Alter der Ediktskomm. des Gaius* (1914), 145 sgg.

Mommsen: anche forse perchè quella preziosa tavola di ragguaglio del Böcking, la cui visione sarebbe assai più efficace di qualsiasi minuziosa dimostrazione, è nascosta in una edizione ormai poco accessibile. Come ho accennato alla fedele trascrizione da Gaio che ci si offre nel titolo *de adoptionibus*, potrei anche citare i titoli *de latinis* (III) = Gai. I 28-35, *de legitimis heredibus* (XXVI) = Gai. III 1-17, *de bonis libertorum* (XXIX) = Gai. III 39-42, e perfino quel piccolo frammento sulla *iniuria atrox* che è in Coll. 2, 2, 1 e che corrisponde esattamente a Gai. III 224-225. E potrei dimostrare come, salvo scarsissimi brani che non trovano confronto nel Veronese, anche i lunghissimi titoli *de tutelis* (XI), *de testamentis* (XX), *de legatis* (XXIV) siano condotti su Gaio. Quanto al sistema, è noto che il *liber singularis* è fra tutte le opere della giurisprudenza romana l'unica che si uniformi alle Istituzioni gaiane; ma non si tiene forse abbastanza presente che questa uniformità investe anche i minimi particolari, e che, se nelle *regulae* si trovano due larghi brani (tit. VI-VIII, XIII-XVIII) che mancano nelle Istituzioni, non vi è invece nessuno spostamento di qualche importanza. E ciò perfino per argomenti che Gaio contemplava in via di digressione, come i modi di acquisto della cittadinanza per parte dei Latini, enumerati a proposito della legislazione sulle manomissioni (I 28-35 cit. = *reg.* III), o come la digressione sulla capitis deminutio, inserita nella trattazione della tutela (Gai. I 158-162 = *reg.* 11, 9-13).

Eppure, nonostante che i più palmari confronti rivendichino a Gaio circa i due terzi del trattatello in esame, i romanisti tendono pur sempre a riconoscere al lib. sing. una sua individualità scientifica. A ciò conduce non soltanto il rispetto per il nome autorevole che le *regulae* portano nel manoscritto vaticano e negli estratti della Collatio e dei Digesti; ma più ancora il rilievo delle divergenze che pur si ravvisano fra l'una e l'altra opera: divergenze minute, riguardanti l'ordine delle materie in questo o quel titolo e la forma di questa o quella distinzione e specialmente la presenza nelle *regulae* di massime che nel Veronese non leggiamo; divergenze capitali di contenuto, per esser trattate nel liber singularis, e spesso con relativa larghezza, vaste province del diritto privato che nel Veronese non trovano luogo.

Occorre dunque indagare l'origine e il valore di quelle divergenze. E prima di tutto delle più minute: il cui esame paziente potrà con-

durci, se non m'inganno, a risultati non privi d'importanza per la storia delle fonti.

§ 1. *Il liber singularis e le Istituzioni di Giustiniano.*

Io assumo, infatti, che le minute divergenze fra le *Regulae* attribuite ad Ulpiano e le Istituzioni di Gaio derivano da ciò, che l'estensore delle prime aveva sott'occhio un testo gaiano diverso da quello a noi noto; e precisamente un testo che qualche secolo più tardi fu adoperato dai compilatori nella composizione delle Istituzioni giustinianee.

Lo dimostra il fatto che, in tutti i casi in cui le Istituzioni imperiali ci offrono il *tertium comparationis*, il loro testo concorda non col manoscritto veronese, ma col vaticano.

Registro qui di seguito i casi che ho potuto accertare:

α) *reg. 5, 2*: Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt,

non ha confronto nel Veronese, ma sì in Iust. 1, 10 pr.:

Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patres familias sint sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt.

La coincidenza è significantissima; e sarebbe maggiore se i compilatori non avessero sostituito, come pare probabile, le parole « qui secundum praecepta legum coeunt » alle altre « si inter eos conubium sit » della fonte comune, trasportando nella prima frase l'*inter se*. Ragioni di stile conducono il Ferrini ad attribuire il passo a Gaio, e precisamente (poichè il Veronese tace) alle *res cotidianae*¹⁾.

β) *reg. 5, 6*: Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus sint conubium non est.....

¹⁾ FERRINI, *Bull.*, XIII, 131. Alla eventuale supposizione che il brano giustineo derivi da Ulpiano *Iust.*, si contrappone la diversa definizione del matrimonio che è data in Iust. 1, 9, 1, e che, per la corrispondenza con Flor. D. 23, 2, 1, si dimostra ulpiana (FERRINI, 130).

Il passo, che in massima corrisponde a Gai. I 59, è riprodotto anche in Coll. 6, 2, 1; ma così nel Veronese come nei mss. della Collatio l'*infinite* manca, e pertanto il MOMMSEN¹⁾ loda il compilatore della *lex dei* di maggior fedeltà all'originale. Ma ecco che in Iust. 1, 10, 1 leggiamo: «..... veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium vel aviam et nepotem et usque ad infinitum». Anche qui si è sospettata un'interpolazione; ma la coincidenza col ms. vaticano delle *regulae*, che non vedo rilevata, rende incontrovertibile l'opinione dubitativamente esposta dal Ferrini, che il passo giustiniano derivi da Gaio anche nell'ultima parte²⁾. Ed è evidente che alla stessa fonte attingeva il compilatore del liber singularis³⁾.

¹⁾ Nella prefazione alla Collatio (*Collectio*, III, 135), e già nel citato scritto sul lib. sing. (p. 116 = *Jur. Schr.*, II, 52).

²⁾ Il FERRINI citava Gai. II *ed. prov.*, D. 23, 2, 53: «Nuptiae consistere non possunt inter eas personas, quae in numero parentum liberorumve sunt, sive proximi sive ulterioris gradus sint usque ad infinitum». - L'interpolazione delle parole «vel aviam et nepotem usque ad infinitum», segnata dal KRUEGER nell'ediz. delle Istituzioni, è pertanto da respingere: quanto alla prima parte, il trovare «vel aviam et nepotem» in Epit. I, 4, I convince piuttosto ad accettare l'opinione del KNIEP (*ad h. §*), che quelle parole manchino nel Veronese per una svista di amanuense: l'«ad infinitum» manca invece anche nell'Epitome, mentre si ritrova nella Parafrasi *ad h. l.* (sic; ἀπὲρ αὐτοῦ).

³⁾ L'esempio veduto non si accorda con quella preferenza che il MOMMSEN (*ll. cc.*) accordava alla Collatio in confronto col ms. vaticano delle *regulae*. Ma la preferenza non è giustificata nemmeno negli altri casi, e una *fin de non recevoir* si trova, a mio avviso, in Coll. 2, 2, dove il brano *de iniuriis* è evidentemente raccorciato e trasportato dal discorso diretto all'indiretto. Quanto alla divergenza fra *reg.* 26, 1, «intestatorum *ingenuorum* hereditates», e Coll. 16, 4, 1, che ha *gentiliciorum*, la preferenza mommseniana per questa seconda lezione (nello stesso senso KNIEP, *ad Gai. III* §§ 1-87; nel senso opposto il vecchio JON. CANNEGIETER nella sua edizione delle *regulae*, Traiecti 1768) contrasta col fatto che tutta la trattazione della successione intestata, nel lib. sing. come in Gai. *inst.*, è fondata sulla contrapposizione fra ingenui e libertini (esattamente KRUEGER, *Gesch. der Quellen* 2, 282, n. 33). Resta, a scapito del Vaticano, la soppressione di Coll. 16, 4, 2 in *reg.* 26 (successione dei *gentiles*); ma non credo che se ne possano trarre le illazioni che il MOMMSEN ne deduceva circa le mutazioni sofferte dal manuale ulpiano, anzi ritengo che si debba qui riconoscere una interpolazione del compilatore della Collatio, sulla falsariga della trattazione gaiana riportata in un brano precedente (16, 2, 17): a questa interpolazione appunto si riconnette, a mio avviso, il *gentiliciorum* del § 1.

La fede nel compilatore della Collatio e nei mss. da lui escerpiti è presso i più recenti scrittori assai diminuita (cfr. ad es. LOTMAR, *Mél. Givard*, II, 125 sg.; BESELER, *Beiträge*, III, 59; SCHULZ, *Einf. in das Stud. der Dig.*, 22; HAYMANN,

γ) *reg. ibid.*: ... inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant, nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint.

Il Veronese offre, nei §§ 62 e 63, qualche punto di contatto, ma vi fa difetto l'esposizione storica (eppure quell'*olim* è tipicamente gaiano!), e soprattutto vi manca la connessione, che nell'esposizione del liber singularis è strettissima, fra i singoli casi d'impedimento e i gradi delle parentele rispettive.

Tuttavia la paternità gaiana del pensiero espresso nelle *regulae* è rivendicata da Iust. 1, 10, 3: «[Fratris vel] sororis filiam uxorem ducere non licet, sed nec neptem [fratris vel] sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sit» ¹⁾.

δ) *reg. 8, 7*: Item is qui filium non habet in locum nepotis adoptare potest

è l'unica massima del titolo *de adopt.* che non trovi confronto nel Veronese. Ma lo trova in Iust. 1, 11, 5: «Licet autem et in locum nepotis vel neptis vel in locum pronepotis vel proneptis vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat». Il Ferrini pensa dubitativamente alle Istituzioni di Paolo, per il confronto con l. 2 *sent.*, D. 1, 7, 37 («adoptare quis nepotis loco potest etiam si filium non habet»): io credo invece che anche qui il confronto col lib. sing. ci porti a Gaio, e trovo i segni del suo stile nella forma petulante di esemplifi-

ZSS., XL, 189, 253 n. 2; ma ancora rigidamente conservatore LENEL, ZSS., XXXVIII, 287): sarebbe ormai tempo che a questa ed alle altre raccolte postclasiche fossero dedicate indagini autonome.

¹⁾ Per l'appartenenza del passo alle *res cot.* cfr. FERRINI, p. 132. Se è vero — come dalla documentazione offerta dal FERRINI stesso (*Byzant. Ztschr.*, VI, 547 sgg.) sembra accertato — che Teofilo (o chiunque sia il compilatore della Parafraasi) ebbe sott'occhio il genuino testo gaiano, è da osservare anche qui come il pensiero conforme a quello del lib. sing. sia sviluppato assai meglio che in Iust.: *ἐὶ καὶ τὰ μάλιστα δ' ἐστὶ βαπτισμῷ, ἐξ οὗ βαπτισμῷ δύναμις λαμβάνειν πρὸς γάμον, οἷον τὴν συγγατέραν τοῦ πατρὸς ἢ τῆς μητρός.*

cazione didattica, nonchè nel *deinceps* che gli è notoriamente assai caro ^{1.2)}.

e) *reg.* 11, 25-27, contiene una trattazione sommaria dei poteri del tutore, e dell'*auctoritas* specialmente. Manca di ciò qualunque traccia nel Veronese.

Ma non certo mancava nel più completo Gaio che i giustinianeî ebbero sott'occhio; poichè è indiscutibilmente costruito con materiali gaiani *Iust.* 1, 21 (*de auct. tutorum*) ³⁾. Se non troviamo più profonde coincidenze di sostanza e di forma fra questo titolo e le *regulae*, ciò deriva dal fatto che il lib. sing. aveva raccolte con predilezione, per questa parte, le norme relative alla tutela mulierum. Tuttavia qualche affinità si può rilevare fra *Iust.* 1, 21 pr. e *reg.* 11, 24, specie nell'uso dell'aggettivo *necessarius* che è prediletto da Gaio; e assai più spiccata sarebbe l'analogia, se il testo gaiano non fosse stato con ogni probabilità rimaneggiato fortemente nella compilazione ⁴⁾.

1) Cfr. i luoghi citati nel *Voc. Iur. Rom.*, in ciascuno dei quali si ritrova una struttura perfettamente analoga a quella del brano in esame. L'avverbio è usato con qualche predilezione anche da Ulpiano; quasi mai (tre volte in tutto) da Paolo. - Si noti che anche il § 4 di *Iust.*, sulla cui attribuzione il FERRINI è altrettanto perplesso, prende lo spunto da Gai. I 106: « Sed illa quaestio est, an minor natu maiorem natu adoptare possit »; salvo che il dubbio gaiano diventa negazione certa presso i giustinianeî, in ossequio al nuovo principio che « adoptio naturam imitatur » (BONFANTE, *Istituzioni* ⁶, 146).

2) Dello stesso titolo *de adoptioibus*, § 5 = Gai. I 102. Ma, mentre nelle Istituzioni la sovrapposizione del pensiero di Gaio a quello del testo ch'egli aveva sott'occhio metteva in luce assai poco limpida il contrasto fra il nuovo e il vecchio diritto (... aliquando prohibitum est, aliquando permissum est, nam ex epistula imperatoris Antonini... cum quibusdam condicionibus permissum est), l'antitesi è invece perfetta in *reg.*: ... pupilli autem quondam non poterant adoptari: nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini. Manca un testo analogo nelle Istituzioni imperiali; ma la Parafrasi ad l. 11, 3 corrisponde in questo senso al lib. sing.: ὁ ἄνηρ οὐτε ξούσιος ἐκ ἐκώλυτο εἰς δέσιν πάλαι λαμβάνεσθαι· τελευτᾶν δὲ ἐπιτρέπη γίνεσθαι μετὰ τινος παραφυλαχῆς.

3) FERRINI, p. 13^a, che attribuisce tutto il titolo alle *res cotidianae*, rileva, oltre gli evidenti segni stilistici, il confronto che i §§ 1 e 2 trovano apud Gai. I 2 *ed. prov.*, D. 26, 8, 9, 3-5.

4) Attualmente, mentre le *regulae* danno un'enumerazione completa dei casi in cui l'*auctoritas* è richiesta per le donne e pei pupilli, le Istituzioni imperiali danno il solo esempio della posizione del pupillo come creditore o come debitore da stipulazione, e a questo solo esempio riattaccano la regola generale: « namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriore vero non aliter quam tutore auctore ». E sul principio

ζ) Nello stesso ordine d'idee trova spiegazione la frase di *reg. 22, 14*:

Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus,
tam naturales quam adoptivi....

E infatti Iust. 2, 13, dopo aver riprodotto in pr. Gai. II 123 (... qui filium in potestate habet...), aggiunge al § 4: « Adoptivi liberi quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, eiusdem iuris habentur, cuius sunt iustis nuptiis quaesiti »; passo di stile prettamente gaiano, che s'incastra, come è facile vedere, in una esposizione che non si discosta di una linea da Gaio ¹⁾. — Probabilmente, nel testo che i compilatori avevano sott'occhio ritornava anche il concetto che è spropositatamente espresso nel seguito del § 14 delle *regulae*: « ... item uxor, quae in manu est, et nurus quae in manu est filii (!) quem in potestate habemus ».

η) *reg. 23, 1*: Testamentum iure factum infirmatur duobus modis, si ruptum aut inritum factum sit = Iust. 2, 17 pr.: testamentum iure factum usque eo valet, donec rumpatur inritumve fiat. In Gai. II 134, la trattazione del test. ruptum germina spontanea su quella dell'exheredatio. Eppure non si può dubitare dell'origine gaiana di un passo che contiene la forma *usque eo... donec* (Kalb, Ferrini ²⁾).

θ) <i>reg. 24, 8-9</i> : Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint. — Liber homo aut res po-	Gai. II 202-203: Eoque genere legati [<i>scil.</i> per damnationem] etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere ⟨eam⟩ et praestare aut aestimationem eius dare de-
--	---

generale s'innesta la lunga digressione esemplificativa sulle « causae ex quibus mutuae obligationes nascuntur ». Questa digressione è, come tante altre analoghe, certamente triboniana (cfr. per tutti DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, II, 456 sgg.): la regola generale riferita trova invece confronto in Gai. II 83. Ma è possibile che, nella sedes materiae dell'opera dalla quale i compilatori la escerpirono, quella regola generale sbocciasse sopra una casistica come quella contenuta nelle regole, e come Gaio stesso la dava nel citato luogo dei libri *ad ed. prov.*

¹⁾ FERRINI, p. 157, ricorre, come di solito, alle *res cot.*

²⁾ Nella fonte comune, la massima citata era forse immediatamente preceduta da quella trattazione del test. iniustum, che il Parafraste riproduce in questa parte mentre nel Veronese la troviamo al § 114.

puli aut sacra aut religiosa nec beat. Ea quoque res quae in re-
per damnationem legari potest, rum natura non est, si modo fu-
quoniam dari non potest. tura est, rell.

L'eccezione per le res extra commercium non è formulata nel Veronese; ma la frase delle *regulae* che la enuncia corrisponde a Gai. III 97: « si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit... ». A me pare che la divergenza sia eliminata da Iust. 2, 20, 4: « Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel [, si non potest redimere,] aestimationem eius dare. Sed si talis res sit, cuius non est commercium, nec aestimatio eius debetur, sicuti si campum Martium vel basilicas vel templa vel quae publico usui destinata sunt legaverit: nam nullius momenti legatum est. quod autem diximus alienam rem posse legari rell. ». La frase « quod autem diximus », specificamente gaiana, rivendica al nostro giurista la digressione, e il passo del lib. sing. che la riassume ¹⁾.

¹⁾ Alla trattazione circa il legato a personae incertae (= Gai. II 238-240) fa seguito in *reg.* 24, 19:

Neque ex falsa demonstratione neque ex falsa causa legatum infirmatur. falsa demonstratio est velut: 'Titio fundum, quem a Titio emi, do lego', cum is fundus a Titio emptus non sit. falsa causa est velut: 'Titio, quoniam negotia mea curavit, fundum do lego', ut [cum *Cuiacius*] negotia eius numquam Titius curasset.

Le due massime, irripetibili nel Veronese, sono conservate in Iust.; dove alla trattazione sulle personae incertae (§§ 25-28) fa seguito quella sull'error in nomine (§ 29), e quindi (§§ 30-31) le regole della falsa demonstratio e della falsa causa. La formulazione, gli esempi

¹⁾ Il FERRINI (p. 160) vede invece in quelle parole « quod autem diximus » (che sa gaiane) una prova che il periodo intermedio sia di altra fonte - ma non vedo come. Piuttosto, è prezioso il rilievo della coincidenza fra l'esemplificazione del nostro § 4 e quella di D. 30, 39, 8 (Ulp. 21 S.); ma, se tutti i dati si tengano presenti, questa coincidenza può soltanto far supporre che l'esemplificazione data dalla fonte gaiana delle Istituzioni (esemplificazione probabilmente analoga a quella delle *regulae*) sia stata sostituita con quella (certo più elegante) che era nei Digesti.

scelti, l'andamento dei periodi corrispondono alle *regulae* esattamente. Circa i criterii formali dell'attribuzione a Gaio cfr. Ferrini, p. 160.

α) *reg.* 24, 29: Legatum, quod datum est, adimi potest vel eodem testamento vel codicillis testamento confirmatis, dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est.

Iust. 2, 21 pr.: Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur sive codicillis, firma est, si[ve] contrariis verbis fiat ademptio (veluti si quod ita quis legaverit 'do lego' ita adimatur 'non do non lego') [sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis].

Anche qui lo stile del brano istituzionale, a parte la marchiana interpolazione, è spiccatamente gaiano (Ferrini, 164); e altrettanto è spiccata la corrispondenza con le *regulae*.

Alla translatio legati, definita nel § 1 delle Istituzioni, doveva far seguito nel più completo testo di Gaio la trasmissione ereditaria, e, in connessione con questa, la dottrina del dies cedens (*reg.* 24, 30-31).

λ) E immediatamente seguiva la trattazione *de lege falcidia*, che nel lib. sing. (§§ 32-33) e in Iust. 2, 22 occupa lo stesso luogo, e che nel modello comune ad entrambe le opere aveva, come può rilevarsi dal testo imperiale, maggiore ampiezza che in Gai. II 224-227. La breve massina conservata in *reg.* 32: « Lex Falcidia iubet non plus quam *dodrantem totius patrimonii* legari, ut omnimodo quadrans integer *apud heredem remaneat* » è assai più vicina al testo giustiniano (« ne plus legare liceat quam *dodrantem totorum bonorum*, id est ut, sive unus heres institutus esset sive plures, *apud eum eosve pars quarta remaneat* ») di quel che non sia il ms. veronese (227: « ne plus legare ei liceat quam *dodrantem*: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis *habeat* »).

μ) Fra i luoghi di *reg.* XXIV che non hanno confronto nel Veronese, restano ancora senza spiegazione (oltre il § 28 che, riferendosi alle civitates, non poteva essere accolto nel manuale del diritto nuovo) i §§ 14 (*legatum optionis*) e 26-27 (*legatum usus fructus, quasi usufructus*). Ma del leg. optionis si fa parola in Iust. § 23, e, quantunque la trattazione relativa s'impennii ormai intorno a C. 6,

43, 3, non è da escludere che la collocazione dell'argomento in questa parte sia stata suggerita ai giustinianeî dalla fonte principale che escerpivano ¹⁾. La trattazione poi dei requisiti della cosa in usufrutto e del rimedio senatorio del quasi usufrutto si ritrova, con uno svolgimento assai prossimo alle *regulae*, in Iust. 2, 4, 2, salvo che il problema è posto, anzichè per il legato, per la costituzione in genere dell'usufrutto. Il § 2, che per la forma è tipicamente gaiano, proviene dalle *res cot.* (Ferrini, 150), come deve ritenersi certo per tutta la parte della compilazione imperiale che riguarda i diritti reali; ma che altrove Gaio stesso abbia trasportato il brano nella trattazione dei legati risulta dal fatto che in D. 7, 5, 7 (7 *ad ed. prov.*) il quasi usufrutto viene descritto movendo dall'ipotesi, « si vini olei frumenti usus fructus legatus erit ».

v) Merita qualche particolare considerazione il titolo *de possessionibus dandis* (XXVIII), per la luce che i relativi confronti possono dare circa il metodo di lavoro dei variî compilatori.

Per questa parte, il Veronese si limita a pochi accenni, rinviando per una più ampia trattazione ai « proprii commentarii » nei quali « hoc ius totum exsecuti s(u)mus ». (III 33). E quei pochi accenni hanno soltanto lo scopo di mostrare come il pretore ovviò ai gravi inconvenienti che in variî casi sorgevano dall'applicazione del ius civile. Ma nel parallelismo fra l'esposizione dei vecchi mali (§§ 18-24) e quella dei nuovi rimedii (§§ 25-32) restava una lacuna, relativa alla successione della madre al figlio che, negata dal ius civile (§ 24), è ammessa non dal pretore, bensì dal SC. Tertulliano. È quindi più che probabile l'opinione, suffragata anche dalle poche parole superstiti, che appunto del Tertulliano si discorresse, in primo luogo, nella lacuna che segue al § 33 ²⁾. Il discorso non poteva esser brevissimo; e quindi

¹⁾ Si noti che il § 23, riferendo circa il diritto antico, scrive: « Optionis legatum... habebat in se condicionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non trans mittebat ». Ciò che costituisce un nuovo argomento a sostenere che della *transmissio* anche Gaio si occupasse nell'opera escerpita dai compilatori.

Cfr. del resto per la *translatio* (e con esplicito riferimento all'*ademptio*) D. 34, 4, 5; per le regole sulla *falsa causa* e sulla *falsa demonstratio* D. 35, 1, 17; per *leg. optionis* D. 40, 9, 3 (tutti da Gaio, 4 *ed. praet. urb.*, 2 *de leg.*: *Paliny. Gai.* nn. 18-20).

²⁾ Cfr. HUSCHKE, KRUEGER, *ad h. l.*; e per una ricostruzione non implausibile KNIEP nella sua edizione. Non si discorreva, invece, dell'Orfiziano; perchè nell'epoca

non potevano restare più che una ventina di linee del Codice per iniziare la descrizione ed esemplificazione dei rapporti fra diritto civile e pretorio, conforme a Iust. 3, 9. La frase « ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia » (Iust. pr.) era probabilmente anche nel Veronese, con l'esempio relativo; e doveva seguire la dichiarazione (omessa in Iust.) della b. p. impugnandi v. i. g. Con la trattazione della b. p. confirmandi v. i. g. (§ 34 = Iust. § 1), con la distinzione fra b. p. cum re e sine re (§§ 35-38), l'esposizione (volutamente incompleta) aveva termine.

Nelle *regulae* come in Iust., ritroviamo (brevemente riassunto nelle prime, ampliato sovente nelle seconde) tutto quello che abbiamo visto nel Veronese; e in Iust. leggiamo anche, spostata in 3, 9, 2 i. f., la frase « adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur ». Senonchè, in luogo del rinvio ai « proprii commentarii », abbiamo qui l'appiccicatura di una succinta trattazione della b. p. contra tabulas, secundum tabulas, intestati (§ 3), e quindi, dopo uno squarcio magnificante le innovazioni giustiniane, le norme circa i termini dell'agnitio bon. poss. e circa gli effetti della mancata agnitio (§§ 9-11). Ed è notevole che queste aggiunte si trovino entrambe nel lib. sing.: la prima, più vasta che in Iust., ai §§ 1-7 h. t.; la seconda, assai più contratta, ai §§ 10-11. La derivazione gaiana dei §§ 9-11 Iust. è stilisticamente inoppugnabile (Ferrini, p. 171); quanto al § 3, l'analoga opinione, riservatamente espressa dal Ferrini, trova conforto nell'essere insomma tutto questo capitolo della bon. possessio costruito con materiali di Gaio, e maggior conforto deve trovare, dopo tutto quanto si è venuto scorrendo fin qui, nell'essere il § 3. quasi letteralmente riportato nel lib. sing.

Nè deve far impressione il capovolgimento del testo gaiano nella nostra epitome. Nello svolgimento così poco perspicuo della trattazione, il compilatore delle *regulae* andò cercando un punto fermo sul quale potesse convenientemente impiantare la sua epitome; e lo trovò in quel brano « adhuc autem etc. »; il solo nel quale il vecchio giurista prendesse fiato. Perciò scelse come parte principale quella che nel

in cui scriveva il § 24 Gaio non vedeva come l'esclusione del figlio dalla successione materna fosse altrettanto *invidiosa* quanto l'esclusione inversa.

testo si presentava come appendice, e dei materiali sconnessi che precedevano si servì per integrare il suo testo. Di ciò si ha la prova certa nella rubrica *de possessionibus dandis*, che può apparir veramente strana a chi non veda che è tratta per l'appunto da quel passaggio gaiano sul quale l'epitomatore si fermò a meditare ¹⁾.

§) D. 44, 7, 25 pr. (Ulp. *l. sing. reg.*): Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. *in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet.* in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet.

Gai. IV 1 sgg., che ricorre spontaneo alla memoria, definisce diversamente l'a. in rem: « *In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere.....* (aut cum) actio ex diverso adversario est. negativa ».

Ma ecco in Iust. (4, 6, 1-2) la fusione dei due punti di vista: « aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt. *veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.* aequè si agat ius sibi esse fundo forte vel

¹⁾ Dalle osservazioni fatte deriva che anche l'esposizione circa il SC. Orfiziano (*reg.* 26, 7) trovò in Gaio il suo modello. Qui non soccorre il confronto con le Istituzioni imperiali, ove il titolo relativo (3, 4) prese a modello Marciano (FERRINI, p. 168); ma, se le ragioni formali che in questo senso invocava il FERRINI sembrano probanti, non lo è altrettanto l'osservazione che le *res cot.* non potrebbero essere così tardive da contenere la menzione di un SC. del 178 (cfr. più oltre § 2): vedremo subito come in tema di successioni le *res cot.* non potessero essere fonte di Iust. In ogni modo, l'esistenza di un lib. sing. gaiano sul SC. Orfiz. sembra stabilita (nonostante il silenzio dell'Indice fiorentino) dalla *inscriptio* di D. 38, 17, 9 (contro l'ipotesi di un errore d'*inscriptio*, affacciata da BOECKING *ad reg.* 26, 7, cfr. FITTINO, *Alter u. Folge* 2, 59 n. m.); e nulla permette di escludere che l'operosità di Gaio si sia estesa, eventualmente, dal 148 al 178, anche se egli sia nato, come darebbe la più rigorosa interpretazione di D. 34, 5, 7 pr., nel secondo decennio del secolo. - Se la opinione sostenuta in queste pagine avrà fortuna, la sopravvivenza di Gaio all'Orfiziano dovrà dirsi provata senz'altro dal fatto che di quel SC. parlano le *regulae*.

aedibus utendi fruendi.....¹⁾. invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi..... quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: *nam in his is agit qui non possidet; ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. sane uno casu rell.* ».

Che questo brano sia altrettanto gaiano quanto quello del Veronese, si può dir pacifico²⁾; ed altrettanto è chiaro che da esso è escerpita la definizione contenuta nelle *regulae*³⁾.

Credo di aver fornita la dimostrazione promessa; e di poter quindi tralasciare la menzione di altre coincidenze fra *regulae* e Istituzioni imperiali, che potrebbero anche apparire casuali⁴⁾. Ho citata qua e là

¹⁾ Sono qui da espungere come glossema le parole « contra quoque - urbanorum »: si osservi l'orribile ripetizione del « quoque ».

²⁾ FERRINI, 191; SEORÉ, *Mél. Girard*, II, 540. n. 1; SCIALOJA, *Studi Simoncelli*, p. 12 estr.

³⁾ Sui rapporti fra Gaio e i §§ successivi del fr. 25 (rapporti a stento visibili attraverso le molteplici interpolazioni) cfr. RICCOBONO, *Dal dir. rom. class. al dir. moderno*, 643 sgg.

⁴⁾ È evidente la coincidenza sostanziale fra:

reg. 23, 9: Non aliter impuberi filio substituere quis potest, quam si sibi quis heredem instituerit vel ipsum filium vel quemlibet alium.

Iust. 2, 16, 5: Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat. nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit.

La massima non è in Gai. II 179-183, onde sono attinti i §§ 7-8 delle *regulae* e Iust. 2, 16, pr. - § 4: mi sembra peraltro assai probabile che almeno la frase « liberis - faciat » appartenga al più vasto Gaio del quale qui si ricercano le tracce. Nè trovo fra i §§ 5 e 6 di Iust. quella stretta connessione che convinceva il FERRINI (p. 158) ad attribuire il primo a quello stesso Fiorentino che risulta autore del secondo. Piuttosto mi preoccupa il fatto che *sequela* e *paternus* sono parole ignote a Gaio, e l'uso sgrammaticato di « adeo ut » con l'indicativo; ma ciò mi porterebbe piuttosto ad attribuire il periodo « nam pupillare - valebit » ai compilatori.

L'unico passo del lib. sing., che sia trascritto letteralmente in Iust., è *reg.* 20, 6 (= 2, 10, 8). Il FERRINI (p. 154), seguendo per questa parte il KRUEGER (*Kritische Versuche*, 160), fa derivare Iust. dalle Istituzioni ulpianee, le quali avrebbero riprodotta la massima posta nelle *regulae*. Ma fra le due opere attribuite ad Ulpiano non si riscontrano altre affinità; e pertanto è assai più probabile che il §, riportato in D. 22, 5, 17, sia giunto alle Istituzioni attraverso le Pandette. - In ogni modo, è da osservar questo: che tanto il § citato quanto il successivo (*reg.* 20, 7), entrambi estranei al Veronese, trovano confronto in Iust. (il primo nel l. c., il secondo al § 6), e che le due massime così introdotte vengono a com-

la Parafrasi; ma ora debbo aggiungere che, fra i luoghi in cui *regulae* e Iust. si staccano dal Veronese, non ve n'è nessuno in cui la Parafrasi si accosti al manoscritto gaiano.

Non meno interessante è il constatare che anche il commento di Autun attinge alla stessa fonte che abbiamo vista comune alle *regulae* e alle Istituzioni giustinianee. I rilievi di fatto, in proposito, sono già stati svolti dal Kniep ¹⁾, quando ha osservato che *frgm. August. II 43* sgg. integra il contenuto di Gai. II 166-169 con quello di *reg. 22, 25-30*, per modo che II 43-46 = *reg. 22, 25-29*; 47-48 = Gai. II 169; 49-50 = *reg. 22, 30*; 51 = Gai. II 167-169; 52-56 = Gai. II 167. Ma se alla frase « (der Kommentator) *scheint* Ulpian und Gaius zusammengearbeitet zu haben » si volesse dare un significato più concreto, affermando la effettiva elaborazione contemporanea delle due opere, si farebbe troppo onore alla mentalità di un ripetitore del quale si è ben potuto affermare « non sapuisse ultra unum auctorem suum » ²⁾. Nell'ordine d'idee qui seguito, si può daré invece al fenomeno la sua spiegazione esatta; e ne resta dimostrata anche pel piccolo brano

pletare assai utilmente l'esposizione della capacità a testimoniare nei testamenti Vero è che pei §§ 5 e 7 di Iust. il FERRINI dimostra assai bene l'origine da Marciano; ma il § 6 sembra a me in tutto degno di Gaio, e non confacente allo stile più erudito dell'istituzionista recenziore — per modo che non riesco ad allontanare da me il dubbio che anche qui i commissarii ci abbiano posto sott'occhio il modello cui attinse il compilatore del lib. sing.

I passi delle *regulae* (I, 18; 22, 10) riguardanti la manumissione del *servus communis* non hanno riscontro nel Veronese. E nemmeno potrebbero averne in Iust., per le sopravvenute mutazioni nel diritto (sulle quali cfr. RORONDI, *Rend. Ist. Lomb.*, 1917, 223 sgg.; 1918, 465 sgg.). Ma la probabilità, che anche questa parte fosse studiata da Gaio nel testo a noi non pervenuto, risulta, a mio avviso, dalla contemplazione di un caso affine in Iust. 2, 14, 3: « *Servus plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus unicuique dominorum cuius iussu adierit pro portione dominii adquirit hereditatem* ». Per l'appartenenza del § 3 cit. a Gaio è notevole che il precedente § 2, riguardante la testamenti factio del servo ereditario, trova corrispondenza in Gai. 7 *ed. prov.*, D. 28, 5, 31, 1.

Fra i passi che il FERRINI attribuisce alle *res cot.*, e che trovano un parallelo ne le *regulae*, sono anche Iust. 1, 6, 1 (= 1, 14) e 2, 12 pr. — § 3 (= 20. 10-13). Ma nell'uno e nell'altro luogo il Veronese è così mutilo, da non potersene trarre deduzioni; e inoltre si deve tener conto del rimaneggiamento a cui Gai. I 21 do. vete essere assoggettato in seguito alla parziale abrogazione dell'Elia Senzia (cfr. Paraphr. ad Iust. 1, 6, 1).

¹⁾ *Comm. II* §§ 97-289, p. 322.

²⁾ MOMMSEN, *Collectio*, I, LXVII.

citato del lib. sing. la corrispondenza perfetta col manuale gaiano non pervenuto fino a noi ¹⁾).

A riprova del fatto che molti passi del lib. sing. sono gaiani pur senza corrispondere al Veronese, ricordo infine l'osservazione del Kalb ²⁾ sulla espressione *et denique*, che come formula conclusiva di una enumerazione è peculiare di Gaio e tuttavia si ritrova in *reg.* 1, 24, in corrispondenza di un passo (I 43 i. f.) in cui Gaio non l'usa. Il Kalb cerca spiegare il fatto in coerenza con la sua tesi che le *regulae* abbiano in comune con le *inst.* solo la fonte: io credo invece anche qui ad una divergenza fra il testo gaiano a noi pervenuto e quello che l'epitomatore escerpiva.

§ 2. Conseguenze gaiane: le due edizioni delle Istituzioni.

Le rilevate coincidenze fra il manuale giustiniano e le *regulae* esauriscono il materiale di confronto, legittimando la conclusione che, *dovunque il testo di Iust., pur trascrivendo da Gaio, si distacca momentaneamente dal Veronese, ivi se ne distaccano, e nella stessa direzione, anche le regulae.*

Se io non m'inganno, questa constatazione toglie ogni probabilità alla opinione dominante, suffragata dall'autorità del Ferrini: avere cioè i compilatori tenuto sullo scrittoio, oltre le opere elementari sussidiarie, i due manuali di Gaio, *institutiones* e *res cotidianae*, attingendo alternativamente ora all'uno ora all'altro, e contaminando spesso l'uno con l'altro nello stesso paragrafo, e perfino nella stessa frase.

Per attenersi, dopo i confronti eseguiti, a questa tesi, bisognerebbe ammettere non solo che il compilatore del lib. sing. avesse anch'egli sotto mano le due opere gaiane, ma che miracolosamente tracciasse dall'una e dall'altra secondo gli stessi criteri cui più tardi dovevano ispirarsi Teofilo e Doroteo. E dunque tutti quei passi di stile gaiano,

¹⁾ Anche il KNIEP, l. c., ammette che vi fosse qualche variante nel codice escerpito dal maestro di Autun in confronto col ms. veronese: e appoggia questa deduzione alla frase dei *frgm.* II 56: « et quod dixit Gaius, prout moderatus fuerit ipse praetor, ita tempus constituitur », che trova sensibilmente divergente da Gai II 197: « solet praetor postulantis creditoribus tempus constituere ». In verità non mi pare che la divergenza sia tale da doversi escludere che il commentatore abbia letto il passo gaiano come lo leggiamo noi.

²⁾ *Roms Juristen*, 84.

i quali in Iust. sembrano integrare o correggere un'esposizione condotta sulla falsariga del Gaio veronese, non furono inseriti dai compilatori, ma già facevano corpo col restante discorso nel manoscritto ch'essi escerpivano, manoscritto conforme a quello che già aveva tenuto sott'occhio il compilatore delle *regulae*.

A tutta prima, nemmeno questa affermazione sembra del tutto imprevista; anzi, vi si potrebbe scorgere una conferma dell'opinione più diffusa circa le *res cotidianae*. Sarebbero queste, in sostanza, una seconda edizione accresciuta delle Istituzioni; e, se il Ferrini trova in ciò la spiegazione della preferenza accordata dai compilatori all'opera più recente, tale preferenza risulterebbe ora così decisa da porre finalmente nella giusta luce l'opera maggiore.

Ma l'argomentazione sarebbe fallace. Anzitutto perchè nella c. *Imperatoriam* si afferma essere state le Istituzioni precipuamente composte « ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cotidianarum »; due opere perfettamente distinte. Se invece alle parti della compilazione imperiale che indubbiamente derivano dalle *res cot.*, cioè ai titoli dei diritti reali (II, 1-7) e a gran parte di quelli delle obbligazioni (III, 13 sgg. - IV, 1-5), aggiungessimo quelle parti del diritto di famiglia e di successione per le quali la falsariga di un Gaio divergente dal Veronese è accertata dal confronto con le *regulae*, e se ancora volessimo, in base al confronto dell'unica *regula* superstite, proporre la stessa soluzione per la *pars actionum*, giungeremmo a negare qualsiasi sfruttamento delle Istituzioni gaiane nella compilazione omonima. Risultato assurdo; anche perchè la prevalenza delle Istituzioni nel mondo scientifico di Teofilo e di Doroteo è decisamente affermata dalla c. *Omnen*.

Inoltre, può dimostrarsi che il compilatore delle *regulae* non ebbe sott'occhio le *res cot.* Perchè, se vi è un punto in cui il lib. sing., riproducendo massime tolte alle Istituzioni di Gaio, non ha nessun contatto con Iust., è proprio il titolo *de dom. et adquis. eorum* (X); nella qual materia Iust. dipende dai *libri aureorum*. Il sistema di questi era qui molto divergente dal Veronese, e superiore. Nel Veronese, la trattazione dei modi di trasmissione del dominio germina dalla distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, e soltanto dopo la descrizione della *traditio* si pone la distinzione fra modi d'acquisto dello *ius civile* e dello *ius gentium*, dandosi come fra parentesi qualche cenno degli

acquisti a titolo originario (§§ 66-78). Nelle *res cot.*, invece, la distinzione fra acquisto iure naturali e iure civili sta a base della trattazione; e, poichè « commodius est... ex vetustiore iure incipere », si espongono prima i modi d'acquisto a titolo originario e la tradizione, poscia i modi di trasmissione del diritto quiritario¹⁾. Se il compilatore del lib. sing. avesse avuto sott'occhio uno svolgimento cosiffatto, non avrebbe potuto dichiarare (§ 2) che « singularum rerum dominium nobis acquiritur mancipatione, traditione, in iure cessione, usucapione, adjudicatione, lege », e tanto meno avrebbe potuto porre questa classificazione in così stretta connessione con la classica distinzione fra le *res* (§ 1). La mancanza di ogni traccia di Gai. II 66-78 può far pensare che nel testo escerpito la digressione sui modi d'acquisto a titolo originario mancasse; ed è probabile (a giudicarne dalle *regulae*) che in genere la trattazione del dominio vi fosse assai racciata.

Ma soprattutto bisogna rinunciare a vedere nelle *res cot.* una seconda edizione delle *inst.* Sono, sì, esse pure un trattatello, ma destinato a un pubblico più eletto di quello delle *inst.*; e sono quindi tanto più ricche di svolgimenti pratici e dottrinali quanto meno intese ad abbracciare tutto il diritto privato. Se la pars de personis non differiva gran fatto dal l. I *inst.*, la pars de rebus aveva tutt'altra struttura: svolti assai largamente i modi di acquisto del dominio e dato agli iura in re quel posto che non avevano nell'opera precedente, passava subito alle obbligazioni, disposte fra secondo e terzo libro nella stessa posizione che le *inst.* davano alle successioni testamentarie e intestate. Ciò può condurre a ritenere che nel dividere anche le obbligazioni fra due libri (III e IV) i giustinianeî abbiano imitato le *res cot.*; può far pensare che pure in queste si contenesse, e precisamente nella seconda parte del l. III, una pars de actionibus — ma deve far escludere, se non si vogliano ammettere veri capovolgimenti nel sistema, che vi si trattasse delle successioni. A volere a tutti i costi incastrare nelle *res cot.* questa materia, gli studiosi furono tratti, ancora una volta, dalle divergenze fra il Veronese e le Istituzioni imperiali; ma il lettore è ormai persuaso che a risolvere quelle antinomie è necessario seguire tutt'altra strada.

¹⁾ Ciò risulta dal confronto fra le Istituzioni giustiniane e gli estratti dalle *res cot.* in D. 41, 1: non sembrano pertanto giustificate le deduzioni del BONFANTE (*Ist.* 6, 244 sgg.), che attribuisce a Giustiniano il sistema dei *libri aureorum*.

E, se così è, risulta più che probabile l'opinione, varie volte avanzata, che, nonostante la diversa notazione dell'Indice fiorentino (*αὐρεὼν βιβλία ἑπτὰ*), le *res cot.* comprendessero i soli tre libri effettivamente escerpiti nei Digesti ¹⁾. È però poco men che assurda l'ipotesi del Mommsen, essersi in taluni codici aggregati alle *res cot.* i quattro libri della parafrasi delle Istituzioni a noi nota dai frgm. augustodunensia; ed estremamente improbabile quella del Kniep, che taluni esemplari riunissero *res cot.* e *inst.* Piuttosto riterrei che fossero spesso riuniti all'opera più matura e più penetrante i quattro libri singulares di cui alla c. *Omnem*: « primus de illa vetere re uxoria, secundus de tutelis, et tertius nec non quartus de testamentis et legatis »; e forse Gaio stesso aveva attuata, o almeno suggerita, la raccolta di questi scritti in un solo corpus: certo la fusione era praticamente consigliabile, perchè appunto gl'istituti giuridici cui quei libri sing. erano dedicati rimanevano (tutti o quasi tutti) fuori del sistema delle *res cot.*

Il più insigne merito delle recenti indagini gaiane (compenso almeno parziale per quel tanto di fantastico che è stato loro rimproverato) consiste, a mio avviso, nel far convergere l'attenzione, anzichè sui pregi scientifici delle opere gaiane, sulla tenacia con la quale il vecchio maestro, isolato nel suo mondo provinciale, proseguì l'ideale di una completa e brillante esposizione del diritto privato romano. Il venerato manuale su cui compose le Istituzioni non riusciva, per accurato che fosse il lavoro di adattamento, ad accogliere tutti gli istituti del diritto nuovo, pretorio e imperiale; e già dalle Istituzioni fu necessario rinviare agli speciali commentarii *de bonorum possessionibus* (III 33) e *de bonis libertorum* (III 54). Ma non bastava: il commentario all'editto provinciale, dando all'indole dell'autore un'altra occasione per indugiarsi nell'illustrazione dei principii fondamentali, si prestava alla trattazione monografica degli argomenti principali (e ad esempio dei testamenti e dei legati) in libri adatti ad esser messi in circolazione anche separatamente ²⁾; e per gli argomenti che resta-

¹⁾ MOMMSEN, *ZSS.*, XX, 235 sg. (= *Jurist. Schriften*, II, 429 sg.), e nell'*Epimetrum* sui frgm. augustodunensia (*Collectio*, I, LXVIII sq.); KNieP, *RsGel. Gaius*, 107 sg. Le obiezioni del SEGRÈ (*Mél. Girard*, II, 540, n. 1) partono da premesse che chi scrive presume di avere ormai eliminate.

²⁾ Così, per i libri *de testamentis* e *de legatis* (= II. XVII-XVIII ad ed. prov.), KNieP, *RsGel. Gaius*, 25; ma probabilmente anche i commentarii *de bonorum possessionibus*, ricordati in Gai. III 33, coincidono col l. XVI della stessa opera.

vano fuori del sistema edittale o che vi entravano soltanto di sbieco (quali il dominio e le obbligazioni) si presentò invece l'opportunità di una trattazione autonoma, alla quale specialmente intesero le *res cot.* Nati da un unico e pertinace sforzo di lucidità e di precisione, i libri così composti non potevano essere di volta in volta abbandonati alla loro sorte; anzi, come erano suscettibili di nuovi raggruppamenti conformi alle esigenze della scuola, così potevano essere frantumati in massime e gruppi di massime, capitoletti storici e divagazioni critiche, abbastanza indipendenti fra loro per poter ancora servire di materiali da costruzione. E perciò nessun giurista si è tanto ripetuto quanto Gaio: i massi erratici che vediamo ricomparire in *res cot.* dopo averli visti in *inst.*, o che sono comuni all'una o all'altra di queste opere e al commento edittale, sono caratteristicamente numerosi, e assai più numerosi sarebbero se non fossero tanto scarsi i frammenti pervenuti fuori del ms. veronese ¹⁾.

Nello svolgimento di una cosiffatta attività di espositore s'inserisce perfettamente quella fatica di cui ci si sono rivelate le tracce; e cioè una seconda edizione delle Istituzioni, che, ispirata alle nuove esperienze fatte, intendeva a colmare le lacune del manuale ed a correggerlo nelle parti più difettose. La seconda edizione non riuscì a soppiantare del tutto la prima, chè anzi la prima passò in Occidente, dove servì di base all'epitomatore della *lex Romana Visigothorum* ²⁾ ed ebbe la persistente tradizione manoscritta che fa capo al Veronese; ma fu invece alla seconda, certamente più diffusa, che fecero capo l'ignoto docente di Autun, e i compilatori delle *regulae*, delle Istituzioni, della Parafrasi.

La riprova di tutto ciò, e insieme un punto di partenza sicuro per la determinazione della data della seconda edizione, si trova in

¹⁾ Vedi uno specchio di queste corrispondenze in FERRINI, *Bull.*, XIII, 112.

²⁾ E infatti non si riscontra in questa Epitome nessuna delle divergenze dal Veronese rilevate nelle *regulae*, in *Iust.* nei *frgm. Augustod.* Vero è che in base ad *Epit.* I, 2, 3, corrispondente in qualche modo all'accenno in D. 39, 6, 4, si è ritenuto che l'epitomatore abbia avuto presente il testo delle *res cot.* (LENEL, *Pattingenesia*, I, 252 n. 2; KRUEGER, *Ztschr. Sav.-St.*, XIV, 195, e in nota a Gai. I 45); ma v. contro KNIEP. op. cit., 105, e del resto non si può invocare l'arg. a silentio per materie che nel Veronese potevano avere il loro luogo nella vasta lacuna in tema di I. Fufia Caninia. Non interessa qui l'indagine circa l'eventuale intrusione nella Epitome di brani estratti dalle Sentenze di Paolo (CONRAT, *Der westgothische Gaius*, 106) o dalle Istituzioni di Marciano (KRUEGER, *Gesch. d. Quell.*, 356, n. 41).

un passo dei Digesti che ha dato alla cronologia gaiana molto filo da torcere; accenno a D. 1, 6, 1, 2 (Gai. 1 INST.), dove, mentre è trascritto quasi alla lettera Gai. I 53, la menzione della *constitutio imperatoris Antonini* è corretta con la sostituzione della parola *divi*. L'opinione comune, che ritiene il testo interpolato¹⁾, non ha mai potuto spiegare la ragione per cui in questo solo caso si sarebbe corretta la citazione classica dell'imperatore, e in una direzione che non risponde all'uso più frequente della cancelleria bizantina. La divergenza fra i due testi si spiega invece perfettamente ammettendo che la seconda edizione appartenga tutta ad epoca posteriore alla morte del Pio²⁾. E nello stesso senso si spiega anche la menzione del *divus Marcus* in *reg.* 22, 34: che l'appellativo di *divus* derivi qui dall'epitomatore di Gaio, è cosa che potrebbe ammettersi senza difficoltà; ma in relazione al passo sul SC. Orfiziano (D. 38, 17, 9) non si può escludere davvero che, come il *lib. sing.* da cui quel frammento proviene, anche

¹⁾ Cfr. per tutti KUEBLER, in PAULY-WISSOWA, VII, 494; BALOG, op. cit., 25 sgg.

²⁾ Non credo che si vorrà obiettare la conformità al Veronese degli altri estratti dei Digesti. Essi contengono il più delle volte definizioni e distinzioni fondamentali, elementi cioè poco suscettibili di revisione (così D. 1, 1, 9; 1, 5, 1. 3. 6, 1, 6, 3; 1, 8, 1; 26, 4, 7; 28, 1, 4; 44, 7, 2). L'equivalenza di D. 28, 3, 13 a Gai. II 133 è probabilissima, ma le forti lacune del Veronese in questa parte la lasciano problematica. Quanto a D. 1, 7, 28, è certa la corrispondenza con Iust. 1, 12, 7; ma nel Veronese il luogo manca, ed è semplice congettura quella che gli fa luogo nella pag. 36 (I 133). D. 41, 1, 10 = (salve le interpolazioni) Gai. II 86-93; ma corrisponde anche a Iust. 2, 9 pr. - § 4 e a *reg.* 19, 18-21, onde si ricava che quel brano passò immutato dalla prima alla seconda edizione, che anzi fu trascritto tal quale anche nelle *res cotidianae*, cui Iust. deve far capo. D. 1, 7, 2 offre soltanto un'antologia della trattazione de adoptionibus (I 98. 99. 103. 107), riproducendo luoghi che rileggiamo immutati in tutte le compilazioni in esame. E infine la corrispondenza fra D. 41, 3, 37 e Gai. II 59-51 è limitata; e non potremmo dire se siano stati i compilatori a sopprimere i larghi squarci che non servivano all'esposizione dei Digesti, o se già quegli squarci mancassero nella loro fonte. - Sulle correzioni stilistiche che i giustinianeî avrebbero introdotte nei luoghi citati (cfr. GRUPE, *Ztschr. Sav.-St.*, XVI, 300 sgg.) non si può ormai fondarsi come su interpolazioni volutarie incontestabilmente accertate.

E nemmeno mi sembra che giovi riprendere qui in esame quel passo della c. *Omnem* (§ 1), dal quale si vuole dedurre l'esistenza di una epitome delle Istituzioni gaiane in due libri e la sua diffusione come opera-base dell'insegnamento elementare: del resto, io ritengo che quel passo debba interpretarsi nel senso che dalle opere citate dovessero essere scelti i sex libri da esporre anno per anno ai dupondii. Altre ipotesi, assai vaghe, pone H. KRUEGER, *Grünhuts Ztschr.*, XL, 283.

la seconda edizione delle Istituzioni sia stata composta da Gaio nell'età più tarda, regnante Commodo.

§ 3. *Il contenuto della seconda edizione e il liber singularis.*

Le conclusioni raggiunte, che mi sembrano assolutamente indubitabili, hanno a mio avviso una portata che va molto oltre il problema della composizione del liber singularis. In ispecie mi pare che chi vorrà accogliere le mie conclusioni dovrà rinunciare a seguire la tendenza, decisamente attuata dal Knief, a trasportare nella critica gaiana i criterii radicali che vanno prevalendo nella critica delle fonti giustiniane. Che le Istituzioni siano rimaste del tutto immuni da glossemi, non oserei sostenere; ma almeno mi sembra di poter affermare con certezza assoluta, come corollario delle precedenti indagini, questo: che dove il Veronese corrisponde, nella sostanza e nella forma, alle Istituzioni giustiniane o ai Digesti o alle *regulae*, siamo di fronte a un testo di accertata genuinità¹⁾. Ma su questo punto non giova insi-

¹⁾ Adduco due esempi, fra quelli in cui l'affermazione del glossema ha incontrato maggior plauso: Gai. II 167, dove l'intrusione delle parole *vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis*, affermata dal PEROZZI (*Istit.*, II, 507) e dal KNIEP (*Comm.* II, §§ 97-289, p. 309 sgg.), risulta esclusa dal confronto con Iust. 2, 19, 7, nonché dalla equivalenza fra il *voluntate nuda* di Gai. II 169 e il *nudo animo* di August. II 48; e Gai. IV 139, dove per la stessa ragione debbo recisamente negare il glossema *aut quasi possessione* (cfr. Iust. 4, 15 pr.), nonostante la suggestiva argomentazione di ALBERTARIO (*La prot. pretoria delle servitù*, estr. *Filangieri* 1912, p. 12). E infatti la possibilità di una interpolazione uniforme potrebbe essere ammessa soltanto da chi riconoscesse alle relative tradizioni manoscritte un archetipo comune (vedi ora per questa esigenza SOLAZZI, *I modi di accettazione dell'eredità*, estr. *Studi Pavia*, V, p. 4); ma, poichè è ormai dimostrato che le due tradizioni risalgono indipendentemente fino a Gaio, ogni corruzione comune è da escludere risolutamente. Ed io spero non dispiaccia ai romanisti il vedere per una volta affermato, accanto agli innumerevoli criterii di interpolazione, anche un criterio di genuinità; tanto più in quanto credo di aver soddisfatto a tutte le esigenze dell'*onus probandi*.

Soprattutto, poi, debbo sollevare opposizione contro il singolare vezzo del KNIEP, di dichiarare qua e là corrotto il ms. veronese per imitazione delle *regulae*: cfr. ad. es., nella seconda parte del comm. II, le giustificazioni ch'egli dà dei presunti glossemi in Gai. II 141 (p. 23 n. 8, cfr. 323), 171 (p. 37 n. 9), 273 (p. 179 n. 1), 281 (p. 80 n. 11). In tutti questi casi, e meglio ancora dove ha osservato la singolare coincidenza fra le *regulae* e i *frgm. Augustod.*, il KNIEP era assai vicino alla esatta soluzione del problema; ma non avrebbe potuto raggiungerla ed affermarla senza far gettito della sua decennale fatica.

stere oltre, mentre un approfondito esame delle *regulae* sembra poter condurre a tracciare con qualche probabilità le principali innovazioni introdotte da Gaio nella seconda edizione.

In qualche parte, i controlli già fatti permettono di precisare. Non può infatti esser casuale che, mentre per molta parte del diritto di famiglia, pei modi d'acquisto del dominio, per la legitima hereditas, le differenze fra il Veronese da una parte, *regulae* e Iust. dall'altra, si riducono a piccoli e particolari ritocchi, le differenze si affollano, invece, nei titoli della tutela, dei testamenti, dei legati, della bon. possessio. Sono appunto questi gli argomenti sui quali, per dichiarazione sua propria o per testimonianza della c. *Omnem*, Gaio aveva apprestato appositi *commentarii* o *libri singulares*, ed era naturale che nel redigere una nuova edizione delle *inst.* egli vedesse qui più facilmente le lacune da colmare, e più volentieri vi si soffermasse. Di ciò si è già trovato un indizio nella corrispondenza fra Iust. 1, 21 e qualche parte di Gai. 12 *ad ed. prov.*, D. 26, 8, 9; più significativo è il fatto che in Gai. 2 *de leg. ad ed. praet. urb.* (D. 34, 4, 5; 35, 1, 17; 40, 9, 3) si trattava dell'*ademptio* e della *translatio legati*, delle regole sulla *falsa causa* e sulla *falsa demonstratio*, del *legatum optionis*: di quasi tutti gli argomenti, insomma, che mentre non figurano nel Veronese compaiono (e con significative coincidenze formali) nelle Istituzioni giustiniane e nelle *regulae*.

Ma inoltre non poteva mancare nella nuova edizione una trattazione delle manumissioni, e della testamentaria specialmente: anzi, è per questa parte più facile congetturare il contenuto del nuovo testo anzichè leggere quello che portava il Veronese. Sul contenuto delle pagg. 5 e 12 del manoscritto, completamente illeggibili, c'informa in parte Gai. I 126: « Et quidem servi quemadmodum potestate liberentur, in his intelligere possumus, quae de servis manumittendis superius exposuimus ». E che a pag. 5 si trovasse almeno quel tanto che Teofilo (1, 5, 4) riferisce sui tre tipi classici di manumissione e sulla posizione rispettiva del dominus ex iure Quiritium e del domino bonitario, non sembra escluso dalla presunta ristrettezza della lacuna ¹⁾; e invece ne troverei la prova nella coincidenza che si osserva fra la definizione della manumissio vindicta in *reg.* 1, 7:

¹⁾ Così KRUEGER; assai più riservato KNIEP (*ad h. l.*).

Vindicta manumittuntur apud magistratum populi romani,
veluti consulem praetoremve vel proconsulem,

e la manumissio *per consulem* ricordata in Epit. 1, 1, 2¹). Se infatti l'epitome visigotica è condotta su un testo identico al Veronese, e se la definizione in essa contenuta ha la stessa ispirazione di quella accolta nel lib. sing., ciò può spiegarsi soltanto ammettendo che su questo punto prima e seconda edizione coincidessero.

Ma sul contenuto del l. I *inst.*, e quindi sulla formazione dei primi titoli delle *regulae*, la Parafrasi ci dà un altro notevole insegnamento, quando a proposito della tutela testamentaria illustra la differenza fra *libertas directa* e *fideicommissaria* (*ad Iust.* 1, 14, 1), usando frasi e adducendo esempi che in varie parti corrispondono a *reg.* 2, 7 sgg. Questi paragrafi corrispondono anche a Gai. II 263-267; ma il ritrovarne lo schema nel capitolo della tutela, e presso uno scrittore che ebbe sott'occhio un manuale gaiano, mostra che la materia poteva facilmente essere attratta nel libro I. E l'opportunità si presentava, anche meglio che nella trattazione *de tutelis*, in quella *ad l. Fufiam Caniniam*: di ciò appunto resta il segno nel sistema delle *regulae*. La derivazione di queste dalla stessa fonte di Teofilo e di *Iust.* 2, 24, 2 risulta da vari segni formali; accenno, fra gli altri, alla formula della libertà fedecommissaria, che - assente dal Veronese - è data dalla Parafrasi e dal lib. sing. negli stessi termini, e al nome del *libertus orcinus*, che ritroviamo in *Iust.* come in *reg.* 2, 8.

Rilevo, infine, che nel commento alla l. Fufia Caninia dovevano contenersi anche quelle più minuziose norme sulla manumissione testamentaria (*reg.* 1, 20-23) e sullo statuliber (2, 1-6), che si sogliono attribuire ad iniziativa ulpiana: se non nella prima, almeno nella seconda edizione. La propensione di Gaio ad occuparsi della manomissione testamentaria in questa sede risulta da D. 40, 4, 24 (1 r. c.): « Nominatum videntur liberi esse iussi, qui vel ex artificio vel officio vel quolibet alio modo evidenter denotati essent rell. »²).

¹) Le interminabili dispute suscitate da questo luogo dell'Epitome (cfr. KUEBLER, *Real-Enc.* cit., VII, 504) derivano dal non aver mai considerate le *regulae* come fonte per la conoscenza delle Istituzioni gaiane.

²) Cfr. LENEL, *Palingenesta*, Gai. 487 [*ad l. Fufiam Caniniam*].

Un altro punto, nel quale le esigenze sistematiche delle Istituzioni dovevano far posto ad argomenti che pur troviamo trattati solo nelle *regulae*, fu rilevato dal Böcking ¹⁾; il quale osservò che, come in Gai. III 18-38. 39-53 la trattazione della bon. poss. si svolgeva parallela pei beni degli ingenui e per quelli dei libertini, così la più elementare esigenza sistematica imponeva che alle « *ingenuorum hereditates* » (*reg.* 26, 1), descritte in Gai. III 1-17, si contrapponessero le « *libertinorum hereditates* »; mentre queste ultime le ritroviamo soltanto in *reg.* XXVIII, e il Veronese ne tace. « *Ceterum eundem ordinem sequi voluisse Gaium, quem distincte secutus est Ulpianus, ... Mommseno extra dubium esse videtur* »: se non si voglia supporre una omissione del Veronese fra i §§ 17-e 18, è facile congetturare che alla notata imperfezione Gaio abbia rimediato nel ripubblicare le *inst.*

Assai più gravi sono i dubbii che insorgono circa quei titoli delle *regulae* che mancano e nel Veronese e nelle Istituzioni giustinianee. Sono, com'è noto, i tt. *de dotibus* e *de donationibus inter virum et uxorem* (VI. VII, 1-3), incastrati fra il t. *de his qui in potestate sunt* e la descrizione della *erroris probatio*, e il gruppetto dei brevi tt. VIII-XVIII, relativi alle leggi caducarie. Ed infatti anche gli scrittori disposti ad ammettere una forte influenza delle Istituzioni gaiane sulle *regulae* sogliono considerare queste parti come originali ²⁾.

Tuttavia, mentre nella maggior parte del libro lo studio di riassumere in breve ha quasi completamente sopresse le caratteristiche personali dell'autore, è proprio in questi titoli apparentemente *extravagantes*, e specie in quelli sulle leggi Giulia e Papia Poppea, che le stigmate dello stile gaiano ricompaiono con tanta ricchezza e vivacità, da suscitare l'impressione che ci siano posti sott'occhio fogli dispersi del vecchio autore. Non sapendo esprimere con parole di scienza questa intuizione, che pure è per me la sola decisiva, prego il lettore di volere per suo conto rileggere i titoli citati; e mi limito a pochi rilievi di carattere filologico. E prima di tutto sui titoli VI e VII:

α) *reg.* 6, 2: «...item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus », riproduce Gai. I 156, « per virilis sexus personas cognatione iuncti », più fedelmente che *reg.* 11, 4; 26, 1. Diver-

¹⁾ Ediz. cit., p. 191 n. 22. A questo luogo appartiene la citazione del MOMMSEN ripetuta più oltre nel testo.

²⁾ Cfr. HUSCHKE, *praef. ad reg. (Iurispr. anteiust.* 4, 526).

samente Ulp. 2 *inst.* = Coll. 16, 7: « hi sunt agnati, qui nos per patris cognationem contingunt, virilis sexus ».

β) *reg.* 6, 5: « adventicia autem dos semper penes maritum remanet, *praeterquam si* is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit ». La nota preferenza di Gaio per il *praeterquam si* si ripercuote spesso nelle *regulae*; e sembra che almeno questo luogo, estratto da un titolo che è fuori di ogni confronto col Veronese, osti alla ipotesi del Kalb ¹⁾, che l'uso dell'espressione risalga alla fonte delle Istituzioni.

γ) Nulla è più gaiano del modo in cui è presentata la distinzione fra le *impensarum species* in *reg.* 6, 14:

Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur aut utilis aut volutuosae.

La esposizione che segue, con la succinta eleganza del dettato « veluti si » che tre volte introduce l'esemplificazione, ricorda Gaio vivamente; e certo non potrebbe essere stata scritta da Ulpiano nè da altro giurista della decadenza. Se vogliamo cercarne i precedenti nella vecchia giurisprudenza, è facile trovarli in Plauzio, apd. Paul. l. 6, D. 50, 16, 79; ma Ulp. 36 *Sab.*, D. 25, 1, 1 pr. § 1, l. 5 § 3 e l. 7 *h. t.*, parla tutt'altro linguaggio, e così pure Ulp. 5 *reg.*, D. 25, 1, 14.

δ) Ed ecco una spiccata coincidenza di forma e di sostanza:

reg. 7, 1: ... hoc amplius constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab imperatore lato clavo vel equo publico similive honore honoretur.

Gai. 11 *ed. prov.*, D. 24, 1, 42: Nuper ex indulgentia principis Antonini recepta est alia causa donationis, quam dicimus honoris causa: ut ecce si uxor viro lati clavi petenti gratia ²⁾ donet vel ut equestris ordinis fiat vel ludorum gratia.

All'istituto accenna anche Ulp. 2 *resp.* (l. 40 D. *h. t.*), ma senza nessuna connessione coi testi confrontati; ed è probabile che questa

¹⁾ *Roms Juristen*, 85 sg.

²⁾ Il MOMMSEN, *ad h. t.*, legge « viro lati clavi *gratia petenti* », intendendo *petenti* = *candidato*. Non saprei riconoscere Gaio in una costruzione così faticosa; e il confronto con le *regulae* convince piuttosto a leggere *petendi*, senza spostar l'ordine delle parole.

causa donationis non fosse nominata nel suo l. 32 *Sab.*, fonte principale del titolo dei Digesti.

Purtroppo, lo scarsissimo numero dei frammenti pervenutici (Paling. Gai, nn. 247-261), e l'essere parecchi di essi estratti dalla parte introduttiva del libro (*de nuptiis*, nn. 247 - 250), non consente un raffronto fra il sistema dei titoli VI e VII, 1 - 3 delle *regulae* e il libro XI *ad ed. prov.*; raffronto che sarebbe tanto più interessante, in quanto è proprio in quel libro che deve con ogni probabilità riconoscersi il *dotaticion* β:βλιον εἰν dell'Indice fiorentino e il *lib. sing. de illa vetere re uxoria* della c. *Omnem*. Nelle attuali condizioni, possiamo vedere un rapporto soltanto fra il n. 251 (D. 23, 3, 42), relativo alla condizione giuridica delle res quae pondere numero mensura constant durante il matrimonio, e *reg.* 6, 8, che dà la massima circa la restituzione annua bima trima die; rapporto che si precisa quando la chiusa della *regula* si confronta col n. 252 (D. 23, 4, 15), accennando entrambi alla convenzione « ut citeriore die reddatur ». E sono questi i soli passi che del libro gaiano ci restino sull'argomento della restituzione della dote, al quale si può dir dedicato tutto il t. VI delle *regulae*. Alla dichiarazione che è in *reg.* 7, 1: « Inter virum et uxorem donatio non valet nisi certis ex causis, id est mortis causa, divortii causa, servi manumittendi gratia », potrebbero servir di commento i nn. 254 - 257, 259; ma un più diffuso commento offrirebbe (e non c'è da meravigliarsene) la trattazione ulpiana, salvo che da D. 24, 1, 11, 11 risulta in modo preciso che un elenco delle cause lecite, come è dato nelle *regulae*, non esisteva in Ulp. *ad ed.* In ogni modo, le notate caratteristiche di stile, e la coincidenza con D. 24, 1, 42, conducono a ritenere che proprio dalla fonte a noi quasi preclusa abbiano origine i titoli in esame. Se direttamente o indirettamente, non potremo forse mai sapere, dato il silenzio completo di Iust. sui rapporti patrimoniali fra coniugi ¹⁾. Ma che i giustinianeî abbiano deliberatamente omesso qualche brano della loro fonte principale, risulta positivamente dalla scomparsa di quel passo sulla dotis dictio e sulla differenza fra essa e la dotis promissio, che ci è in parte pervenuto in Gai. III 95 e di cui ritroviamo l'eco in *reg.* 6, 1 - 2. E il trattamento fatto al libro corrispondente del commentario *ad ed. prov.* può far supporre che i mutamenti sopravvenuti

¹⁾ Ad eccezione dell'istituto tutto bizantino della donatio propter nuptias.

nella legislazione abbiano convinto i compilatori ad escludere dal trattatello elementare la *vetus res uxoria*, pur contemplata per avventura nella edizione di Gaio ch'essi avevano sotto mano. Ma di ciò si può avere soltanto il sospetto ¹⁾; mentre la derivazione gaiana dei titoli VI e VII delle *regulae* ha per me (ed anche, vorrei sperare, per il lettore che mi abbia seguito) ben maggiore probabilità.

Analogamente potremo procedere pei titoli sulle leggi caducarie.

α) *reg. XIV*: « *Feminis lex Iulia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensum rell.* ». *Tribuere* in questo senso è nell'uso di Gaio: cfr. II 42: « *quod tempus ad usucapionem possessori tributum est* »; III 78: « *tempus quod iudicatis... ad expediendam pecuniam tribuitur* ». Non vedo che sia nell'uso di Ulpiano.

β) E riecco in *reg. 15, 2* l'onesta pedanteria di Gaio: « *Item communis filius filiae post nomen diem amissus amissave unam decimam adicit rell.* ». Cfr., per citare un passo in materia analoga, Gai. 8 *ad l. Iul. et Pap.*: « *Non est sine liberis, cui vel unus filius unave filia est* ».

γ) *reg. 16, 1*: « *Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt, veluti si uterque vel alteruter eorum nondum eius actatis sint, a qua lex liberos exigit, id est si rell.* ». Chi abbia familiarità con Gaio comprenderà senz'altro il valore di questa citazione, dove non è particella che non porti in sé il segno del vecchio giurista. *Aliquando* = *interdum* si può dire specificamente gaiano ²⁾, essendo sotto il nome di Gaio registrato nel *Voc. Iur. Rom.* in 22 luoghi: per Ulpiano, oltre i due passi delle *regulae*, si cita Vat. 151 (= 223), D. 4, 2, 14, 5 che è interpolato ³⁾, D. 22, 1, 23, 1. *Aliquando... veluti si* è in Gai. II 45, 149^a, III 72, 205, IV 73.

δ) *reg. 16, 2*: « *Aliquando nihil inter se capiunt, id est si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, vel libertinam senator* ». È il secondo passo delle *regulae* che abbia l'*aliquando* gaiano: quanto al

¹⁾ Avvalorato, secondo mi sembra, da *reg. 11, 20*, che ha « *ad dotem dandam dicendam promittendamve* », mentre il Gaio veronese (I 178) ha « *dotis constituendae gratia* ». Il compilatore delle *regulae* avrebbe forse potuto assumere la sua frase da *reg. 6, 1*; ma non vedo in lui, di solito, tanta finezza.

²⁾ KALB, *Arch. f. lateln. Lexikogr.*, I, 88; FERRINI, *Bull.*, XIII, 151 e *passim*.

³⁾ BESELER, *Beiträge*, I, 75 sg.; BIONDI, *Studi sulle aa. arbitrarie*, I, 53 sg.

verbi gratia, lo si trova nelle Istituzioni gaiane 18 volte, e presso Ulpiano non riesco a trovarlo, dopo lunghe ricerche, se non in due luoghi del l. 17 *ed.* (D. 8, 5, 4, 7; l. 8 § 1 *h. t.*).

ε) *reg.* 16, 3: «... *perinde habebitur, ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem*». *Perinde* (o *proinde*)... *ac si* non è specificamente gaiano, ma è in Gaio particolarmente frequente: *proinde haberi ac si* in Gai. I 136, III 73.

ζ) *reg.* 17, 1: «... *verbi gratia si caelibis vel latino Iuliano legatum fuerit*...»: cfr. sub δ).

È troppo difficile ammettere - sia pure in via d'ipotesi - che il compilatore delle *regulae* abbia ricorso a quel vasto commento alle leggi caducarie, che Gaio non aveva certo redatto a scopo didattico. Se pure si supponga nell'autore del lib. sing. l'attitudine a raccogliere nel giro di poche massime il contenuto dei quindici libri gaiani, lo enorme sforzo avrebbe potuto compiersi soltanto col sacrificio completo dello stile dell'autore: non a caso il titolo *de dominiis*, che fra tutti è il più riassuntivo, è anche quello dove più sono andati perduti i modi dell'espressione gaiana. Per converso, la forma dei tt. XIII - XVIII deve far ritenere che i luoghi corrispondenti della fonte siano passati nell'epitome quasi senza mutamento. E pertanto sembra necessario ammettere che la seconda edizione di Gaio sia stata accresciuta di una succinta trattazione delle leggi Giulia e Papia Poppea.

Di ciò si ha la riprova, a mio avviso, in due circostanze: la prima, che già nell'edizione del Veronese Gaio aveva dovuto in vari punti integrare il manuale con riferimenti alla legislazione caducaria (cfr. Gai. I 145, 178, II 111, 144, 150, 206 sgg. 286 sgg., III 42 sgg.); la seconda, che nelle *regulae* questi riferimenti sono più completi, estendendosi anche a quelle parti del sistema (modi di acquisto del dominio, fedecommessi) che nel ms. veronese non sono ritoccati. La prima fra tali aggiunte (*reg.* 19, 17) non ha corrispondenza in nessun luogo di Gaio a noi noto; ma il fatto, reso indubitabile da Iust. 2, 7, 4, che fra i modi d'acquisto del dominio le *res cot.* collocavano l'accrescimento, porta ad ammettere che l'istituto affine dei caduca abbia dovuto infine trovare anch'esso il suo posto nell'esposizione gaiana. La seconda aggiunta, che è in *reg.* 25, 17:

Si quis *in fraudem tacitam fideicommissum accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat,*

trova corrispondenza in Gai. 15 *ad l. I. et P.* (D. 34, 9, 10), dove si precisa che « *in fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id quod relinquitur vel aliud tacite promittit restitutum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur* », aggiungendosi altri rilievi secondarii ¹⁾. Creda chi può che il compilatore delle *regulae* abbia saputo rielaborare sulle basi dei libri ad l. Iul. et Pap. l'epitome già composta sulla seconda edizione delle Istituzioni gaiane.

§ 4. *Tituli ex corpore Ulpiani ?*

Non può ormai sembrare inopportuna questa domanda: Si può ammettere che un cosiffatto seguito di massime staccate, delle quali non si scorge nemmeno il criterio ordinatore se non si risale alle Istituzioni di Gaio, e che da queste dipendono ad una ad una direttamente, sia l'opera di Ulpiano?

Vero è che non sempre il copioso giurista di Tiro ebbe fra i moderni una buona stampa. Ma, anche quando si è creduto di coglierlo con le mani nel sacco come plagiario, non si è saputo imputargli se non di avere, in otto o dieci luoghi del commentario *ad ed.*, tolto un pensiero o una frase a Giuliano, a Scevola, a Papiniano ²⁾. Da queste piccole derivazioni, ch'è se pur fossero provate resterebbero di quelle per cui in qualsiasi tempo ed ambiente « *veniam damus petimusque vicissim* », al riassunto incolore, umile, pedissequo che il lib. sing. ci mette sott'occhio, pel qual riassunto si dovrebbe ritenere scelto ad arte uno scritto poco noto nel mondo dei giuristi, la distanza è enorme.

¹⁾ Il lib. sing. *de tacitis fideic.*, un passo del quale è riprodotto nei Digesti (34, 9, 23), coincide probabilmente col l. XV cit.

²⁾ Accenno, com'è chiaro, a PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* (S.-B. Berl. Akad., phil.-hist. Kl., 1882, p. 443 sgg.). La lettura del breve studio bastò a persuadere immediatamente i lettori più accorti della inconsistenza delle critiche mosse ad Ulpiano; e le ricerche interpolazionistiche tolgono ora ogni valore alla dimostrazione della presunta tendenza dello scrittore a trascrivere dalle sue fonti senza citarle (cfr. per tutti SCHULZ, *Einf. i. d. Stud. der Dig.*, 62 e *passim*).

Tanto più in quanto le opere isagogiche indubbiamente ulpianee, istituzioni e *libri.VII regul.*, dimostrano altrettanta indipendenza quanta è nei libri *ad ed.* e *ad Sab.* ¹⁾.

Soprattutto è sintomatico che di quella, lunga consuetudine con Gaio, che risulterebbe dal lib. sing. reg., non sia rimasto nessun segno tangibile nella massa ingente di materiali ulpianei conservatoci nei Digesti: gli sforzi del Fitting e del Kniep per rimuovere tale contrasto servono soltanto a mostrare quanto esso sia profondo ²⁾.

È peraltro opinione generale, suggerita dalla povertà e dagli errori del manualetto in esame e suffragata dall'autorità del Mommsen, che il manoscritto vaticano non ci dia l'opera genuina di Ulpiano, bensì una epitome redattane nell'età di Costantino: posteriormente all'a. 320, per avere l'epitomatore tralasciato, in ossequio a C. Th. 8, 16, 1, le pene del celibato e dell'orbità preannunziate dalle rubriche dei tt. XIII e XIV; anteriormente al pieno trionfo del cristianesimo, che non avrebbe consentito la ricezione del passo (22, 6) circa l'istituzione degli *ad ed.* eredi.

Ad accettare questa opinione, con quella sola riserva prudente che il Mommsen stesso consiglia ³⁾, non vedo ostacoli. Salvo che, pie-

¹⁾ Fra i luoghi delle Istituzioni che conosciamo, soltanto il frgm. Vindob. 5 presenta qualche coincidenza formale con Gai. IV 163; ma non oltre quel tanto che permetta di pensare a una fonte comune, diretta o indiretta.

²⁾ Cfr. FITTING, *Alter u. Folge* ², 53; KNIEP, *RsGel. Gatus*, 305 sgg. e *passim*. Ad entrambi sembra assai degno di nota il fatto che nei Digesti larghi brani del commentario ulpiano siano spesso interrotti da brevi frammenti dei libri gaiani *ad ed. prov.*: in qual senso possa da ciò trarsi la prova che Ulpiano avesse avuto presente Gaio, non dicono, e a me non riesce di comprendere il valore del rilievo. Le particolari osservazioni del KNIEP (p. 253 sg. 272 sg.) sui rapporti fra D. 11, 7, 12, 7 (Ulp.) e l. 13 h. t. (Gai.), fra D. 9, 4, 14, 1 (Ulp.) e l. 15 h. t. (Gai.), non mi sembrano portare nessun lume in proposito: nell'ultimo caso, è evidente che la protasi del periodo ipotetico di Gaio venne eliminata dai compilatori perchè corrispondente a quella del brano ulpiano precedente; ma perchè mai dovremmo dedurne che Ulpiano l'avesse, a suo tempo, copiata dal commento gaiano? Nessuna importanza ha poi la coincidenza (assai vaga, a mio avviso) fra D. 3, 5, 21 (Gai.) e D. 15, 3, 3, 7 (Ulp.), già rilevata dal PERNICE (*l. c.*, 482) e sfruttata ora da FITTING e KNIEP. Certo assai più impressionante è quell'unico luogo ulpiano (D. 36, 3, 6, 1) in cui si ritrova l'«*admonendi sumus*»; ma acutamente il KALB (*Roms Jur.*, 74) richiamava l'attenzione sulla lacuna che è in l. 6 pr., e sul fatto che tutto quanto segue alla lacuna (della quale non può determinarsi l'ampiezza) ha i segni dello stile gaiano.

³⁾ «*Quamquam non ignoro quam parum certa sint huius generis argumenta*» (apud. BOECKING, p. 119 = *Jur. Schr.*, II, 53). Non ha avuto fortuna l'ipotesi dello

namente accertando il carattere dell'epitome, l'analisi compiuta conduce a ritenerla condotta non su un'opera di Ulpiano, bensì sulle Istituzioni di Gaio. E pertanto l'attribuzione ad Ulpiano dovrebbe tradursi nell'ipotesi di una duplice elaborazione: dell'opera gaiana da parte di Ulpiano, del riassunto ulpiano da parte del compilatore del IV secolo.

Contro una simile supposizione sollevava già un'obiezione quel sapiente indagatore delle nostre fonti, alla cui memoria questo scritto è dedicato. Osservava egli come i titoli superstiti equivalgano nella mole ai tre quarti di ciascuno fra i commentarii gaiani, pur tenendo conto delle lacune del Veronese; e come, supponendo integrato il ms. vaticano con le trattazioni delle obbligazioni e delle azioni, escerpitate nella Collatio e nei Digesti, il nostro lib. sing. risulterebbe già nella sua redazione attuale di mole superiore alla media ¹⁾.

Ma inoltre l'attenta lettura di tutto il libro non permette di cogliere la minima traccia di una elaborazione intermedia.

Non certo nello stile, sul quale alcuni rilievi ho già fatti. Esso è normalmente, come si conviene ad un'epitome, privo di caratteristiche salienti; ma, quando per avventura si viene qua e là colorendo, assume i caratteri del linguaggio gaiano. Delle espressioni e costruzioni particolari ad Ulpiano ²⁾ non è traccia, e tanto meno si riconosce in

HUSCHKE (*Iur. anteist.*⁴, 526), che attribuisce alle vicende della tradizione libraria la perdita delle parti non pervenute, e pensa che nel V sec. si sia proceduto ad una ricostruzione dell'opera ulpiana.

¹⁾ Accenno ad una schedula compresa negli appunti per uno studio su *Le Opinions di Ulpiano e le Sententiae di Paolo* - dei quali appunti, come di molti altri relativi alla formazione dei Digesti e del Codice ed alle interpolazioni pregiustinianee, darò notizia agli studiosi appena mi sia riuscito di ricostruire il filo che nel pensiero del compianto amico legava insieme le varie ricerche ed osservazioni. Nella schedula a cui accenno, sono riassunte le opinioni del MOMMSEN sul lib. sing., e poscia confrontato il numero delle pagine ch'esso occupa nell'edizione del GIRARD col numero di pagine rispettivamente occupato da ciascun libro di Gaio. « Del resto », aggiungeva il ROTONDI, « delle *regulae* risultano due stesure, in sette ed in un libro: lingua e stile sono normali: non è possibile che Ulpiano non abbia mai scritto *regulae*? ». Dall'insieme, e specie dal confronto con la tesi che gli si veniva prospettando circa le *Opiniones*, credo che il ROTONDI pensasse ad un florilegio dalle opere di Ulpiano; ma non poco conforto mi reca il constatare che anch'egli tendeva, in sostanza, a dare all'elaborazione postclassica maggior peso di quanto glie ne desse il MOMMSEN. Pei *libri VII reg.*, mi sfugge la ragione del dubbio.

²⁾ KALB, *Roms Juristen*, 126 sgg.

queste pagine quella caratteristica abbondanza, ora sciatta ora gonfia, delle sue scritture. E invece risale a Gaio il largo uso della parola *dominium* ¹⁾, l'accezione di *praeses* nel senso generale di governatore di provincia ²⁾, e soprattutto quel tessuto di *proinde* o *perinde ac si, veluti, qualis est, quod evenit, alioquin, similiter, denique*, che è la stessa trama grammaticale su cui sono intessute le Istituzioni ³⁾.

Nemmeno fa impressione l'argomento da cui il Mommsen ⁴⁾ induce la presenza in D. 44, 7, 25 di un brano ulpiano non epitomato; e cioè l'esser rimaste nella l. 25 quelle divisiones iuris che normalmente sono escluse dal ms. vaticano. Ma la soppressione è, anche nel Vaticano, tutt'altro che costante; e, come troviamo riportate dalle istituzioni gaiane le distinzioni in *reg.* 1, 5; 11, 10; 24, 2; 28, 1, come ne troviamo altre che in Gaio mancavano o che il Veronese non ci ha tramandate (*reg.* 6, 1; 6, 14; 11, 10), donde si deduce che l'epitomatore non potesse conservare quella (fondamentalissima e di alto valore pratico) fra *aes in rem* e *in personam*? Ed è giustissima, a proposito della mancanza delle distinzioni teoricamente più essenziali (come quella fra le *tres partes iuris* e fra le *res corporales* e *incorporales*), l'osservazione che « *qui currum vel navem sedulo fabricavit faber nullus ipse clavos soluturus (est), quibus asseres compegit* »; ma chi è il « *faber* », nel caso nostro, se non Gaio?

Ad un diretto intervento di Ulpiano potrebbero invece far pensare, a primo aspetto, due citazioni: quella di Mauriciano in *reg.* 13, 2, e quella dell'imperator Antoninus in *reg.* 17, 2. Ma la prima, l'unica citazione di autore che non risulti attinta a Gaio ⁵⁾, non prova nulla. Perchè, mentre i libri di Mauriciano sulle leggi caduecarie furono scritti

¹⁾ KNIEP, *RsGel. Gaius*, 64; *ad Gai comm. II*, §§ 1-87, p. 70 sg.

²⁾ KNIEP, *RsGel. Gaius*, 282.

³⁾ Cinque volte (*reg.* 2, 7; 24, 17. 25. 27; *Coll.* 2, 2, 1) si trova nel *liber singularis* *ut puta*, che non è gaiano ed è prediletto da Ulpiano (KALB, 130). Ma il KALB stesso (p. 25) osserva come questa forma sia comune a tutti gli scrittori, giuridici e non giuridici, da Papiniano a Giustiniano. E all'osservazione ivi fatta, che « *Ulpianus hat gar etwa 250 ut puta neben kaum halb so vielen veluti* », fa riscontro la circostanza che nel *lib. sing.* ai 5 *ut puta* si contrappongono ben 25 *veluti*.

⁴⁾ Apd. BOECKING, p. 111 = *Jur. Schr.*, II, 49.

⁵⁾ Nelle stesse condizioni saremmo rispetto a *reg.* 1, 12, se si dovesse accogliere l'elegantissima congettura del KNIEP (*ad Gai. comm. I*, p. 112), il quale in

intorno al 140 d. C., l'opera gaiana sullo stesso argomento (che dovette precedere la seconda edizione delle Istituzioni) fu scritta sotto M. Aurelio ¹⁾; e nessun significato può darsi al silenzio del Veronese, in argomento che vi è così trascurato. D'altronde, la citazione di Mauriciano è formalmente così male appiccicata a quanto precede, e sostanzialmente così oscura, da non escludere il sospetto che vi si debba riconoscere la mano dell'epitomatore ²⁾.

In *reg.* 17, 2: « *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus* », si usa riconoscere la menzione di una costituzione di Caracalla. Ma con quanto fondamento? A me pare che la base dell'attribuzione sia tutta nella presupposta paternità di Ulpiano. Sta in fatto che, se è in genere poco sicuro l'argomentare dalla citazione di un *imperator* come tale anzichè come *divus* ³⁾, è assolutamente impossibile conciliare da questo punto di vista un Antonino (Caracalla) in *reg.* 17, 2 con gli « *imperatores Antoninus et Commodus* » di *reg.* 26, 7, dove Antoninus è indubbiamente Marco Aurelio; e invece verrebbe fatto di pensare che la seconda edizione delle Istituzioni gaiane appartenesse, come forse il l. sing. ad SC. Orfitianum (cfr. D. 38, 17, 9 ⁴⁾), alla coreggenza di M. Aurelio e di Commodus, per modo che sotto il nome di Antonino sarebbe in entrambi i luoghi delle *regulae* designato, nei termini già usati da Gaio, il primo di questi due principi. E l'*hodie* di *reg.* 17, 2

luogo di « *Caesaris servum manere putat* » legge « *Caelius Sa(binus) (manu-misso)ris s. m. p.* ». La congettura non ha altro difetto che la troppa eleganza (cfr. tuttavia l'energico dissenso di BRASSLOFF, *Grünhuts Ztschr.*, XL, 294); in ogni modo, si tratterebbe di autorecitato, proporzionalmente, assai più da Gaio che da Ulpiano, e ricordato qui nella forma usata da Gaio, non in quella di Ulpiano, che lo nomina sempre come *Caelius* (cfr. *Paltingenesia*, h. v.)

¹⁾ Per le due date cfr. FITTING, p. 42. 52.

²⁾ L'espressione *a senatu damnatam* faceva pensare già allo SCHILLING (*ad h. l.*) che la citazione di Mauriciano fosse da espungere « *tamquam ineptum additamentum ab imprudente librario receptum* »: lo HUSCHKE restituisce invece un problematico SC. Mauricianum. Tutto il § 2, del resto, dovette essere assai raccorciato dall'epitomatore; tanto che vi figurano come matrimonii proibiti dalla l. Iulia nozze contemplate solo dai senatoconsulti (cfr. Ulp. I *ad l. I. et P.*, D. 23, 2, 43, 10 sqq.).

³⁾ Cfr. FITTING, p. 6 sgg.

⁴⁾ E su questo passo FITTING, p. 59, il quale propende tuttavia a datare il l. sing. dal tempo dopo la morte di M. Aurelio.

si spiegherebbe benissimo retrotraendolo ai tempi di Gaio, come deve indubbiamente farsi per *reg.* 1, 10; 11, 8; 29, 2¹⁾.

D'altronde, non pochi dubbii sorgono intorno al passo in esame. In primo luogo, per essere male inserito nel bel mezzo del titolo *de caducis*, mentre meglio sarebbe stato in fine, come ponte di passaggio al titolo seguente, *qui habeant ius antiquum in caducis*; onde già il Mommsen e il Böcking²⁾ pensavano « (haec) verba a margine in locum non iustum inserta esse ». Sul contenuto della costituzione attribuita a Caracalla l'accordo non potè mai esser raggiunto: sostenendo alcuni che la riforma consistesse nel trasmettere al fisco il diritto che le leggi davano all'erario; opponendo altri che tale riforma non avrebbe avuto utilità pratica nell'età di Caracalla, e che pertanto deve attribuirsi a quel principe troppo tenero dei diritti del fisco una momentanea abolizione del *ius antiquum*³⁾. La seconda di queste opinioni è inconciliabile col testo che vorrebbe spiegare; ma neanche si può ammettere che Ulpiano, dopo aver citato in 17, 2 una riforma attuata sotto i suoi occhi, scrivesse in *reg.* 28, 7, sia pure trascrivendo da altro autore, « *populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria* ».

Tutto ciò conduce a ritenere che si tratti di una notizia mal compresa e peggio inserita dall'epitomatore: e chi voglia ricrearne l'ori-

¹⁾ 1, 10 = Gai. I 22; 11, 8 = Gai. I 171; 20, 2 = Gai. II 103. Questi confronti tolgono ogni valore alla tesi del BESELER, *Beitr.*, II, 105, secondo il quale i luoghi che nelle *regulae* cominciano con *hodie* sarebbero aggiunte postclassiche. Postclassici, nella stesura, quei luoghi sono certamente: ma solo nel senso che l'epitomatore, riassumendo il contesto, ha sostituito il rapido *hodie* all'*hoc tempore* e simili di Gaio.

²⁾ *ad h. l.* Per altre emendazioni proposte vedi *ibid.* e apud. HUMBERT, in DAREMBERG-SAGLIO, I, 723 (v. *Bona caduca*): pei dubbii sorti già fra gli antichi cfr. la citata edizione del CANNegieter, *ad h. l.*

³⁾ Cfr. la letteratura citata da HUMBERT; alla quale sono da aggiungere specialmente HIRSCHFELD, *Die kaiserl. Verwaltungsbeamten*, 115 sgg.; MITTEIS, *PrR.*, I, 353. n. 10; GIRARD, *Manuel*⁵, 883, n. 1 - A torto si è quasi sempre invocata, e ancora oggi s'invoca (KRUEGER, *Gesch. der Quellen*², 248, n. 205; JOERS, in PAULY-WISSOWA, V, 1449; FITTINO, p. 116), la testimonianza di Dione Cassio, 77, 9, 4-5: già il KELLER (*Ueber Litiskont. und Urtheil*, I, 458) rilevò esattamente che il luogo di Dione riguarda esclusivamente la trasformazione della vicesima hereditatum et manumissionum in decima, la revisione delle relative immunitates (ἀτέλεια), e gli scopi finanziari della concessione della cittadinanza ai provinciali: la prima riforma è esattamente ricordata da Ulpiano in l. 2 *inst.*, Coll. 16, 9, 3.

gine andrà, a mio avviso, non lontano dal vero pensando a quella *constitutio* (*imperatoris Antonini*) che con ogni probabilità si ricostruisce in Gai. II 149-150, e che appunto, regolando i rapporti fra eredi legittimi e bonorum possesores secundum tabulas, richiamava, come Gaio stesso avverte, e forse in parte ritoccava le disposizioni delle leggi caducarie ¹⁾.

Ma ad accertare che l'epitome a noi pervenuta sia tratta direttamente da Gaio basta, se non m'inganno, l'esame delle rubriche. Secondo il Mommsen ²⁾, queste appartengono nella massima parte ad Ulpiano; ma in parecchie, che malamente abbracciano il contenuto di più titoli, o non comprendono in tutta la sua ampiezza l'argomento trattato nel titolo corrispondente, o questo argomento riferiscono in modo errato (ad esempio nelle rubriche *de his qui in potestate sunt* e *de latinis*), la derivazione da Ulpiano deve escludersi, e deve invece riconoscersi l'opera dell'epitomatore.

Un attento confronto dimostra, invece, che, dovunque il controllo è possibile, le rubriche sono tutte ricavate da Gaio, e più specialmente riproducono (esattamente o inesattamente, nell'originaria forma discorsiva o in una parola sola) il contenuto dei brani che nell'opera del vecchio giurista segnavano il trapasso da uno ad altro ordine d'idee. Di ciò si è già visto un esempio sicuro nei rapporti fra la rubrica di *reg. XXVIII, de possessionibus dandis*, e Gai III 33 = Iust. 3, 9, 2 (cfr. § 1, v): più tipico ancora è l'esempio seguente:

¹⁾ Costituzione di Antonino Pio o di Marco Aurelio? Purtroppo, la citazione cade nel punto più delicato per la cronologia delle Istituzioni: è noto, infatti, che il « *rescriptum imperatoris Antonini* » di Gai. II 151 *a* è del Pio, mentre questi è ricordato come *divus* in II 195, e che pertanto si ritiene essere avvenuta la morte dell'imperatore mentre Gaio scriveva quelle poche pagine (FITTING, p. 56 sg.; KRUEGER, p. 205, n. 31), Confesso che nessuno potrebbe argomentare con altrettanta sicurezza dai miei scritti, tanto spesso mi accade di ritornare sui miei passi per correggere e faticosamente rifare il già fatto: accade diversamente al FITTING e al KRUEGER? o forse si tende anche in questa materia (come in tanta parte degli studi classici) ad applicare agli antichi misure che sono per noi fuori corso? Dubbi analoghi ha BESELER (*Beitr.*, II, 105 sg.), il quale ammette inoltre, d'accordo con H. KRUEGER (*Grünhuts Ztschr.*, XL, 235), che la citazione del *divus Pius* in Gai. II 195 derivi da glossema. Il MOMMSEN (*Ztschr. f. RG.*, IX, 107 = *Jur. Schr.*, I, 164, n. 37) riferirebbe invece a M. Aurelio tutte le citazioni dell'*imperator Antoninus* che sono nel secondo commentario.

²⁾ Apd. BOECKING, p. 115 sg. (= *Jur. Schr.*, II, 52 sg.).

reg. X: qui in potestate manu = Gai. I 124. Videamus nunc,
mancipiove sunt quemadmodum *quomodo hi, qui alieno iuri sub-*
eo iure liberentur, *iecti sunt, eo iure liberentur,*

e il seguente:

reg. IX: de his qui in manu = Gai. I 108: Nunc de his per-
sunt. *sonis videamus, quae in manu no-*
stra sunt.

E non solo in rubriche che, come quelle citate finora, sono sistematicamente inattaccabili, ma anche in altre che il sommo storico-giurista attribuiva all'epitomatore, come

reg. V: de his qui in potestate = Gai. I 51: Ac prius dispicia-
sunt. *mus de iis qui in aliena potestate*
sunt.

Certo questa rubrica non è esauriente, dal momento che della *erroris probatio* si discorre in calce al titolo VII (*de donationibus inter virum et uxorem!!*) e che delle adozioni si è fatto, seguendo di nuovo la suggestione di Gaio (I 97-98), un titolo a parte (VIII); ma ciò dimostra che siamo di fronte a un tentativo, sempre encomiabile se pure non sempre intelligente, di portare ordine in quello svolgimento tutto a digressioni ed a parentesi, che sembra fatto apposta per disorientare il lettore di Gaio, e del primo libro specialmente ¹⁾. Nel riordinare il vasto materiale del titolo *de libertis* l'epitomatore ebbe indubbiamente la mano felice, ed anche sentì la giusta esigenza di convertire in titolo indipendente la lunga digressione (Gai. I 28-35) sull'acquisto della cittadinanza per parte dei latini ²⁾; salvo che, non riuscendo a riassumer meglio il trapasso segnato nel § 28, prese di questo la prima parola, *latini*, e ne fece la inesatta rubrica *de latinis*.

¹⁾ Anche in questo punto la preferenza per la *Collatio* trasse il MOMMSEN a preferire alla rubrica *de his qui in potestate sunt* quella *de nuptiis* (Coll. 6, 2); ma il confronto con Gaio è decisivo.

²⁾ La stessa esigenza fu sentita da quel glossatore che introdusse qua e là le rubriche nel Gaio veronese: cfr. al § 28 [*quibus modis latini ad civitatem romanam perveniant*].

Deficienze simili non si spiegherebbero in Ulpiano, il quale avrebbe certo saputo liberarsi, almeno in questa parte, dalle suggestioni della sua fonte, ed avrebbe sentito che un'opera schematicamente ordinata per brevi titoli richiedeva maggior rigore sistematico che non comportasse l'oratio soluta di Gaio: si spiegano invece perfettamente se alle prese col troppo elegante manuale gaiano si trovò un epitomatore postclassico, indubbiamente dotto e volenteroso, ma pur sempre partecipe della decadenza profonda degli studii giuridici nel tempo suo ¹⁾.

*
**

Per le *Opiniones* di Ulpiano, della cui paternità si è sempre – per ragioni di sostanza e di forma – fortemente dubitato, Iacopo Gotofredo ²⁾ riteneva che derivassero da un Ulpiano altrimenti ignoto, che le avrebbe scritte sotto Costantino. Dovremmo forse concludere la presente ricerca aggiungendo una nuova opera alla bibliografia di questo ipotetico autore?

L'ipotesi, che potrebbe a primo aspetto riuscire attraente, almeno come suggerimento di riunire nella stessa ricerca entrambe le opere falsamente attribuite al giurista di Tiro, è resa insostenibile dalla mancanza di qualsiasi connessione, di pensiero e di linguaggio, fra *regulae* e *opiniones* ³⁾. E invece mi sembra che l'attribuzione del nostro liber

¹⁾ Prendendo come punto di partenza la tesi del MOMMSEN sulla normale origine ulpiana delle rubriche, mi sono volutamente messo nelle condizioni più sfavorevoli. Se invece si parte, come P. KRUEGER (*Collectio*, II, 3), dal criterio che le rubriche dovessero ripugnare al metodo di lavoro di Ulpiano come degli altri classici, la derivazione diretta delle rubriche da Gaio diventa per sé stessa una prova inconfutabile della esclusione, che io propugno, di qualsiasi elaborazione intermedia dell'opera.

²⁾ In *tit. pandect. de div. reg. iuris antiqui comm.*, coll. III, reg. 61 (= *Opera turid. min.*, Lugd. Batav. 1728, col. 898): «... Ulpiani libros Opinionum non esse veteris illius Ulpiani, qui sub Caracalla scripsit, verum posterioris alicuius longe scriptoris Constantiniani aevi: et forte quidem eius ipsius Ulpiani rhetoris Antiocheni; de quo Ulpianus (l. Ulpiano?) et Suidas» (per altri omonimi di Ulpiano cfr. CANEGIER, ediz. cit., p. 44). Contro la tesi del GOTOFREDO v. KAEMMERER, *Observat. iuris civilis* (1823), 173 sgg., e gli altri citati da JOERS, in PAULY-WISOWA, V, 1450 sg.

³⁾ Rinvio per questa parte al cenno che prossimamente darò delle ricerche iniziate dal ROTONDI.

sing. a Ulpiano ¹⁾ abbia una sua buona ragione nel fatto che qualche opera di Ulpiano (forse i l. VII *reg.*²⁾ venne adoperata dal coscienzioso epitomatore allo scopo di interpretare o correggere o riordinare i materiali gaiani che veniva escerpando. Gli esempi che possono addursene non sono molti, ma qualcuno sembra sicuro:

α) La definizione degli agnati in Gai. I 156, richiamata anche in III 10 e rimasta intatta nella seconda edizione (cf. Iust. I, 15, 1; 3, 2, 1), ha: «*Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati*, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo». Ulpiano 13 *Sab.* (D. 38, 16, 2, 1) definiva: «*Agnati sunt cognati virilis sexus ab eodem orti*, nam post suos et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei filius et ego ei: patris quoque frater, qui patruus appellatur; deincepsque ceteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum». La definizione di *reg.* 11, 4 suona: «*Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes eiusdem familiae*, veluti patrum, fratres, filii fratris, patruus». Definizione condotta in massima su Gaio, ma glossata con quelle parole *virilis sexus* che son prese da Ulpiano e che malamente restringono il concetto di agnazione ai maschi ²⁾. La glossa è riportata anche in *reg.* 26, 1: «*...agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae*»³⁾.

¹⁾ Presuppongo, poichè non vedo che si possa dare la prova contraria, la costanza di questa attribuzione. Ma non posso evitare il sospetto di una tradizione che meno scorrettamente attribuisse il lib. sing. a Gaio. Dal *lib. sing. regularum* di Gaio, che è segnato nell'Indice fiorentino, è trascritto nei Digesti un solo passo, D. I, 7, 21; ma questo passo, che riporterebbe all'epoca classica l'arrogazione delle donne *per rescriptum principis*, fu giustamente sospettato di alterazione, e ragionevolmente — mi sembra — il CASTELLI (*Rend. Ist. Lomb.*, XLVIII, 1915, 533 sgg.) fa derivar l'istituto dai predecessori immediati di Giustiniano, dimostrandolo noto ad Anastasio: sembrerebbe dunque che il testo del liber sing. fosse giunto ai giustiniane glossato, e che nella glossa essi avessero trovato ciò che faceva al caso loro. Più vicini alle nostre *regulae* ci porta il passo della *lex Rom. Burg.* 10, 1: «*secundum Gai regulam patri matrive intestatis filii filiaeve aequo iure succedunt*», dove non è improbabile che il compilatore borgognone riassumesse *reg.* 26, 7 mettendola in rapporto col § 1 *h. t.*: non abbiamo peraltro neanche qui coincidenze di forma che consentano di affermare con tranquillità la derivazione.

²⁾ Tanto che altrove Ulpiano stesso sentiva il bisogno di correggere: «*non tantum masculi, sed etiam feminae ex virili sexu descendentes*» (41 *ed.*, D. 37, 10, 1-2).

³⁾ Anche per quest'ultimo inciso cfr. Ulp. 46 *ed.* D. 50, 16, 195, 2: «*recte eiusdem familiae appellantur, qui ex eadem gente et domo proditi sunt*».

β) In *reg.* 26, 1, i *consanguinei*, « idest fratres et sorores ex eodem patre », sono posti fra i *sui* e gli *agnati* come un ordine a sè di successibili. Ciò corrisponde al sistema seguito nelle Istituzioni di Ulpiano (Coll. 16, 6-7: *Palingenesia* Ulp., nn. 1926-27): e cfr. nello stesso senso 12 *Sab.*, D. 38, 16, 1, 9 sg., e 13 *ibid.*, D. 38, 16, 2.

γ) *reg.* 11, 3: « Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu *palam*, *quales sunt agnati*, seu *per consequentiam*, *quales sunt patroni* », potrebbe corrispondere, ad sensum, a Gai. I 155 e 165, dalla cui fusione risulta lo stesso concetto. Ma più intima è la corrispondenza con Ulp. 38 *Sab.*, D. 26, 4, 3 pr.: « Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt ». Si noti che, mentre per *eminentiam* (= per *antonomasiam*, κατ'ἐξοχήν) è un ἀπαξ λεγόμενον nella giurisprudenza romana, l'uso di *consequentia* è frequentissimo nella giurisprudenza dell'età dei Severi ¹⁾.

δ) *reg.* 25, 4: « Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint. nam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere potest », corrisponde nella seconda parte a Gai. II 270 ed a Iust. 2, 23, 10; ma l'ordine delle materie in Gai. II 246 sgg., conservato dal titolo giustiniano, esclude che vi fosse la prima massima. La ritroviamo invece in Ulp. 2 *fid.*, D. 30, 2: « Sciendum est eos demum fideicommissum posse relinquere qui testandi ius habent ».

ε) I titoli *de test.* (XX), *de legatis* (XXIV), *de fideic.* (XXV) sono aperti dalle definizioni seguenti:

1) Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat.

2) Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

3) Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex vigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

¹⁾ Cfr. *Voc. Jur. Rom.*, hh. vv.

L'etimologia di *testamentum* risale, per lo meno, a Servio Sulpicio (apd. Gell. 7, 12, 1), ed ha per sè una lunga tradizione, di cui troviamo le tracce nella « iudiciorum suorum testatio » di Flor. 10 *inst.* (D. 28, 1, 24), nella *testatio mentis* di Iust. 2, 10 pr., nella Paraphr. *ad. h. l.* e *ad* Iust. 2, 12, 1. Ma qui l'etimologia parrebbe contaminata con Mod. 2 *pand.*, D. 28, 1, 1: « Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit ». E il nome di Modestino fa pensare, come sempre, ad Ulpiano. Ma in ogni caso è da escludere che la contaminazione della definizione etimologica con la descrittiva sia opera di Ulpiano stesso: la fusione fu anzi malamente operata dal nostro epitomatore, e ne resta il segno in quel *factum* che si accorda con *testamentum*, scavalcando la *contestatio* (o *quaedam testatio*, come non senza fondamento corregeva il Cannegieter, *ad h. l.*).

Anche la definizione del *fideicommissum* (l'unica definizione che dell'istituto ci offrano le fonti) potrebbe avere uno spunto ulpiano: cf. Ulp. 4 *disp.*, D. 29, 1, 19 pr., *ad vv.* « et efficere directam institutionem quae erat *precaria* ». La cosa è però tutt'altro che certa; la descrizione delle disposizioni fedecommissarie come *precativae* o *precariae*, se pure ha qualche appiglio nei classici, diviene prevalente solo in epoca tarda, come si può rilevare dalla sua frequenza nelle costituzioni da Diocleziano in poi ¹⁾ e dall'importanza che le dà Teofilo *ad* Iust. 1, 14, 1. La definizione del legato, che sembrerebbe in qualche modo elaborata sopra quella del fedecommissario, diverge non solo da D. 30, 116 (Flor. 11 *inst.*), ma anche da Iust. 2, 12, 1, che per la coincidenza con Mod. 3 *pand.*, D. 31, 36, è ragionevolmente attribuito ²⁾ ad Ulpiano *inst.* Non perciò escluderei in modo assoluto la derivazione dal giurista di Tiro; ma il suo pensiero dovrebbe ritenersi in ogni caso liberamente elaborato dall'epitomatore.

§) Quanto ai §§ introduttivi (1-4) del ms. vaticano, non si può escludere senz'altro la paternità di Gaio: questi aveva certo, come si deduce da Iust. 1, 1, 2 ³⁾, ampliata nella seconda edizione del manuale

¹⁾ Cfr. HEUMANN-SECKEL, v. *precarius*. I due passi di Papiniano ivi citati sembrerebbero entrambi glossati: in D. 28, 6, 41, 3 espungerei *nec aliud egreditur*, in D. 31, 64 *etenim-admitti*. *Precativus* e *precative* sono, in ogni modo, ἀπαρ' ἀρχαίων.

²⁾ Da FERRINI, *Bull.*, XIII, 161.

³⁾ FERRINI, p. 123: l'attribuzione di questo § a Gaio è ampiamente ribadita da KUEBLER, *ZSS.*, XXX, 434 sg.

la parte introduttiva; e fra i §§ in esame, mentre i primi due sembrerebbero più conformi allo stile gaiano che all'ulpiano, nemmeno gli altri due presentano caratteristiche decise nel senso opposto. Il § 4 (« *mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* ») riassume direttamente il celeberrimo testo di Giuliano in D. 1, 3, 32, 1 nei limiti delle nostre esperienze, è improbabile che questo riassunto fosse nella 2^a ediz. di Gaio, quantunque sia possibile trovare uno spunto in questo senso nel richiamo dei *mores* in Iust. 1, 2¹⁾, ma nemmeno è probabile che fosse in Ulpiano, specie se da lui proviene la definizione in Iust. 1, 2, 9; questa è quasi sicuramente interpolata ²⁾, ma non poteva certo coincidere col brano che leggiamo in *reg.* L'elegantissimo svolgimento giuliano era forse già in epoca postclassica abbastanza celebre perchè potesse il parafraste riassumerlo a memoria. Resta il § 3: « *Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur, aut derogatur, id est pars primae legis tollitur, aut subrogatur, id est adicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, id est mutatur aliquid ex prima lege.....* ». Più che in Festo, vv. *derogare* e *abrogare*, le definizioni trovano confronto in Mod. 7 *reg.*, D. 50, 16, 102: « '*Derogatur*' legi aut '*abrogatur*'. *derogatur* legi, cum *pars detrahitur*: *abrogatur* legi, cum *prorsus tollitur* ». E ancora una volta il nome di Modestino può far pensare che l'epitomatore di Gaio avesse a portata di mano un'opera ulpiana.

Il raccolto è assai scarso; e potrebbe esserne causa, oltre la difficoltà dell'indagine attraverso gl'infiniti *tituli ex corpore Ulpiani* offerti dalla Palingenesia, anche la povertà degli estratti dalle opere elementari. Ulteriori ricerche potranno forse accrescere l'elenco delle glosse ulpiane alla nostra epitome gaiana; ma non mai fino al punto da confortare quella attribuzione dell'opera ad Ulpiano, della quale credo aver dimostrata l'assoluta inconsistenza.

¹⁾ Appunto per questo richiamo, e per la mancanza di una corrispondente definizione dei *mores* nel Veronese, sostenne il MANENTI (*Studi Moriani*, I, 218, n. 1) che in Iust. sia interpolato « *qui legibus et moribus reguntur* ». Se la definizione dei *mores* era nella seconda edizione come in *reg.* § 4, la contraddizione sarebbe sanata.

²⁾ In luogo di *consensu utentium* doveva stare, in origine, *c. populi*, espressione ripugnante al nuovo diritto pubblico; e l'idea che « *mores... legem imitantur* » corrisponde a capello al concetto giustiniano, per cui « *adoptio naturam imitatur* ». Anche nella l. 32 § 1 cit. *i. f.* doveva essere scritto « *tacito consensu populi* » (*omnium* Iust.); il *tacitus consensus* invece, che ritorna in *reg.* I, 4, mi sembra dimostrato genuino da questa coincidenza (contro PEROZZI, *Ist.*, I, 39 n. 3).

SUMMATIM COGNOSCERE

1. — Nella dottrina processualistica del diritto comune per processo sommario nella sua più ampia comprensione s'intende quel complesso di norme e principi speciali, aventi base nella legislazione romano-canonica, le cui caratteristiche convergono tutte nel fine di dare nelle ipotesi e con i limiti fissati dalla legge maggiore rapidità allo svolgimento del processo rispetto a quello ordinario; tali norme riguardano la rimessione sia della osservanza delle forme solenni e dei termini perentori che della necessità della prova piena, ed altre semplificazioni di natura processuale, le quali, se da un lato attenuano la garanzia giudiziaria delle parti, permettono dall'altro che la risoluzione della controversia avvenga in modo più semplice e più rapido.

L'istituto ha indubbiamente radici nel *Corpus Iuris Civilis* a cui è attinta altresì la stessa terminologia. Non mi sembra però che le fonti romane siano state finora valutate convenientemente dal punto di vista sia storico che dogmatico. Mi propongo appunto qui, attraverso una revisione delle fonti, di tracciare la storia dell'istituto nell'ambito del diritto romano, nella speranza che i risultati di questa indagine possano costituire un sicuro punto di partenza per ulteriori ricerche sullo sviluppo storico dell'istituto in epoca posteriore a Giustiniano.

Circa l'oggetto specifico della mia indagine non sembrami esatto limitarla, come si suol fare, a quei passi della compilazione in cui si presentano i termini 'summatim cognoscere' e 'summaria cognitio'; posto il concetto generale di processo sommario, quale testè si è enunciato, sarà necessario invece prendere in considerazione per ogni singolo periodo storico tutte quelle norme che, a prescindere dalla

terminologia, costituiscono tante deviazioni dal procedimento ordinario dettate dall'intento di semplificare in via eccezionale il procedimento in determinati casi o di renderlo più agile, avuto riguardo alla natura della causa od alle persone dei contendenti.

2. — Sia nell'epoca classica che nel periodo anteriore il concetto di un processo sommario di tal fatta fu completamente estraneo.

Nel sistema dell'ordo iudiciorum, imperniato sulle due cognitiones, del magistrato e del giudice, legate intimamente da un elemento formale indefettibile quale è la formula, mancano del tutto quei presupposti logici, quali l'esistenza di forme solenni, di termini, di prove formali, perchè possa sorgere un procedimento sommario che rispetto a queste norme costituisca eccezione al processo ordinario.

Il Pretore nella sfera della sua cognitio accorda o nega l'azione o la exceptio in forza del suo imperium, prende determinati provvedimenti di carattere amministrativo in base ai quali potrà in seguito ingaggiarsi un regolare procedimento, quale la emanazione dell'interdetto, la concessione della restitutio in integrum, la imposizione di una cautio, la immissione nel possesso, la interrogazione della parte; orbene tutti questi ed altri provvedimenti sono sempre presi o 'passim' o 'causa cognita'¹⁾, cioè, o sono presi senz'altro oppure in seguito a particolare indagine del caso concreto; nella prima ipotesi non si può parlare di summatim cognoscere perchè è la stessa cognitio che resta esclusa; nella seconda, ed in genere, l'esercizio della cognitio pretoria mai è vincolato alla osservanza di solennità formali, o di termini che non siano enunciati nell'editto; e la formazione poi del convincimento del magistrato è sottratta a qualsiasi regolamento legislativo: nè un giurista classico nella sua interpretatio dell'officium Praetoris mai avrebbe potuto prescrivere forme, limiti e modalità alla cognitio di un magistrato fornito di imperium. Non tragga poi in inganno la nota distinzione che presentano i giuristi relativamente alla bonorum possessio, secondo che si accordi 'de plano' o 'pro tribunali': essa riguarda la diversa fonte e la forma con cui si attribuisce il beneficio, secondo che il caso sia previsto nell'editto od occorra un decretum del magistrato, tanto vero che la distinzione coincide con l'altra fra

¹⁾ Su questo contrapposto vedi fr. 11. 3 D. 4. 4 (Ulp. XI ad ed.); 5, 9 D. 27. 9 (Ulp. XXXV ad ed.); 7, 1 D. 37. 9 (Ulp. XLVII ad ed.).

bonorum possessio 'edictalis' e 'decretalis' ¹⁾, e non esprime affatto un diverso modo con cui si forma il convincimento del Pretore; 'de plano' in antitesi a 'pro tribunali' corrisponde sempre alla stessa contrapposizione enunciata da passim e causa cognita ²⁾, e non indica affatto alcuna attenuazione o limite nella indagine del magistrato ³⁾.

Certamente il processo in iure presenta delle forme, quali la litis contestatio e la redazione della formula scritta nel periodo formulare, e tutto il cerimoniale delle legis actiones nel periodo anteriore; si tratta però sempre non di solennità puramente formalistiche, ma di forme che storicamente hanno avuto la loro ragion d'essere ⁴⁾, e sono poi tanto essenziali al processo stesso, che una rimessione di esse in taluni casi non poteva avvenire nè risulta che realmente sia stata fatta.

Analogamente per i termini processuali può dirsi che o sono essenziali al procedimento stesso e quindi inderogabili, come i 30 giorni stabiliti dalla lex Pinaria prima della comperendinatio o la litis adiectio post meridiem stabilita dalle XII Tav. nel caso di contumacia in iure del convenuto; oppure il termine perentorio entro cui deve compiersi un determinato atto, la cui remissione dovrebbe appunto essere uno dei tratti caratteristici del processo sommario, è stabilito in casi, quali l'esercizio intra annum di certe azioni e della restitutio in integrum, che costituiscono tante eccezioni al principio dell'esercizio delle azioni senza limiti di tempo, e quindi, rispetto al termine processuale, il rapporto fra il procedimento ordinario con l'osservanza

¹⁾ Fr. 3, § 8 D. 37, 1 (Ulp. XXXIX ad ed.); 2, 1 D. 38, 15 (Ulp. XLIX ad ed.); ed all'infuori della bonorum possessio vedi fr. 7, 1 D. 26, 3 (Herm. II ep.).

²⁾ Ai passi citati nella nota precedente aggiungi: fr. 9 §§ 1, 3 D. 1, 16 (Ulp. I de off. proc.); c. 4 C. I. 3, 11 (Constantin.).

³⁾ La cognitio de plano si trova spesso avvicinata alla cognitio summaria negli scolasti greci; così in schol. sinait. § 14, che non poté essere scritto prima del 439 (cfr. RICCIBONO, *Bullettino*, IX, pag. 294; KRUEGER, *Collectio*, III, pag. 268): « in plano: ἡ σύντομος διάγνωσις καὶ ἐξ ἐπιπέδου γίνεται, ὥς ἡ τῶν ἐπιτρόπων »; vedi anche Bas. 45, 2, 29 sch. 2 (Euant.) (Hb. IV, 516): « καὶ οὐ λήζουσι διαγνώσεως ἡγουν ποικίλης ζητήσεως ». Soltanto negli interpreti del diritto intermedio e nella legislazione canonica la identificazione fra le due cognitiones è perfetta: vedi le citazioni in WETZELL, *Richter-Schneiders Jahrbücher*, XXIV, pag. 781 e seg.; BRIGGLE, *Einleitung in die Theorie der Summarischen Prozesse*, 1859, pag. 20 e segg.

⁴⁾ Sul valore delle forme nel diritto antico vedi MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, pag. 255 e segg.

di termini perentori ed il procedimento sommario in cui eccezionalmente non si osservano tali termini sarebbe capovolto.

Analoghe considerazioni valgono per la 'cognitio iudicis'. L'*officium iudicis*, guidato dalla illuminata interpretazione dei giuristi, è ben lungi dall'essere vincolato alla osservanza di forme solenni; e per quanto riguarda la prova, il giudice si forma il suo convincimento liberamente, attingendo a qualunque elemento o indizio ¹⁾: ora, se il concetto di prova legale o formale è completamente estraneo al processo classico ²⁾, non è possibile distinguere fra prova piena e prova semipiena o sommaria; in ogni caso occorre sempre che la prova, secondo il prudente ed insindacabile criterio del giudice, sia sufficiente al riconoscimento delle pretese delle parti, e tale da potere essere assunta a base della sentenza; anche quando in linea di fatto il giudice abbia deciso solo in seguito ad una sommaria deliberazione della questione, la prova deve considerarsi come piena ed assoluta, in quanto come tale è stata considerata dal giudice, e la sentenza ha sempre la stessa efficacia di cosa giudicata. Relativamente poi ai termini perentori in iudicio non risulta che il diritto classico abbia mai derogato all'unica disposizione in proposito contenuta nella legge Iulia per cui la causa doveva esaurirsi entro 18 mesi (Gaio, IV, 104) ³⁾.

Lo schema dunque sia delle *legis actiones* che dell'*ordo iudiciorum* presenta caratteri troppo costanti ed essenziali da non consentire l'esistenza nel suo seno di una categoria di procedimento speciale o per lo meno di singole norme processuali le quali costituiscano eccezioni al processo ordinario, dettate dalla esigenza di rendere in determinati casi più semplice e più rapida la trattazione della causa.

Nè è possibile considerare lo schema dell'*ordo iudiciorum* nel suo complesso come la forma di processo ordinario rispetto alla cognitio

¹⁾ Quibuscumque rationibus (Imp. Ant.: c. 1 C. Greg. 4, 12 = c. 1 C. l. 4, 21); quibuscumque probatioibus (Imp. Alex.: c. 4 C. I. 4, 19).

²⁾ Vedi per tutti BERTOLINI, *Appunti didattici*, II, pag. 134 e seg.; RICCOBONO, *Zeit. Sav. Stif.*, rom. Abth., XXXV, pag. 224 e segg.; BIONDI, *Giuramento decisivo*, pag. 116 e seg.; COSTA, *Processo civile romano*, pag. 164 e seg.

³⁾ Che non sia avvenuta alcuna deroga si può argomentare dal fr. 18, 4 D. 4, 3 (Paul. XIII ad ed.) in cui, trascorso il termine stabilito per la *mors litis*, si finisce coll'accordare l'*actio doli*: sul testo vedi BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae*, I, pag. 87 e segg.

extra ordinem che sarebbe il procedimento speciale sommario libero dalla osservanza delle forme prescritte per l'ordo.

La cognitio extra ordinem, che in epoca postadrianea si svolge soprattutto per opera dell'attività dei più celebri giuristi classici che rivestivano elevate cariche nella cancelleria imperiale, in tutte le sue manifestazioni ha sempre la funzione non di introdurre menomamente eccezioni al procedimento comune ma di completare o correggere il diritto esistente, attuando istituti che nel sistema dell'ordo non avevano o non avrebbero potuto avere riconoscimento specialmente a causa dell'inaridirsi dell'attività legislativa del Pretore dopo la codificazione adrianea ¹⁾. Così il Pretore giudica extra ordinem, senza cioè rilasciare una formula, circa l'onorario di maestri, avvocati e medici non certo per rendere a costoro più semplice e più rapida la realizzazione dei loro diritti, ma per accordare riconoscimento a pretese che, date le idee sociali del tempo sulla non remunerabilità delle opere liberali, non lo avrebbero certo avuto, se si fosse rilasciata la consueta formula locati od una speciale; altrettanto può dirsi per il fedecommesso, per la materia criminale e per tutte le ipotesi in cui viene applicata la cognitio extra ordinem. Orbene, soltanto chi vuole considerare in blocco la legislazione processuale quando è chiusa la evoluzione della cognitio extra ordinem, e non ne intende più la sua funzione storica ed il perchè del suo trattamento speciale, procedendo dalla ovvia constatazione che nella normalità dei casi la pretesa garentita dalla legge deve farsi valere per mezzo dell'ordo iudiciorum e quindi osservando le forme a questo inerenti, mentre eccezionalmente talune pretese trovano la loro realizzazione extra ordinem, senza la osservanza dell'ordo e delle forme relative e per conseguenza hanno tutela più semplice e più rapida, può riguardare come normale l'ordo iudiciorum ed eccezionale e sommaria la cognitio extra ordinem.

Ma un giurista classico che assiste a questa feconda attività imperiale e giurisprudenziale in tema di cognitio extra ordinem, che ne percepisce appieno la sua funzione storica, che sa rendersi conto del

¹⁾ Questa funzione creatrice della cognitio extra ordinem, relativamente sia alla forma del processo che alla sostanza del diritto, ha messo bene in luce il SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, 1911, pag. 11 e segg., 79 e segg., 158, quantunque le considerazioni di questo autore tanto storiche che esegetiche non sempre a mio parere siano da approvare.

perchè la pretesa della parte non possa esser fatta valere col sistema dell'ordo, non può in alcun modo considerare la cognitio come un procedimento speciale e sommario in confronto all'ordo iudiciorum. Ciò si desume anche dalla stessa terminologia; se talvolta extra ordinem sta in antitesi, sia pure latente, a ius ordinarium¹⁾, è da rilevare che ordinarius qui non vuol dire normale ma invece secundum ordinem iudiciorum e denota l'agere per formulas²⁾, nello stesso modo che extra ordinem in questo contrapposto tecnicamente non significa eccezionale ma al di fuori dell'ordo iudiciorum riguardo sia alla forma del processo che alla sostanza del diritto³⁾.

In conclusione, e non sarà superfluo insistervi, non escludo che in linea di fatto tanto il magistrato che il giudice, sia nel sistema dell'ordo che nella cognitio extra ordinem, sottoponestero ad una disamina più o meno approfondita la questione presentata al loro giudizio secondo la sua diversa natura ed importanza o gli elementi forniti dalle parti; ma questa fase formativa del convincimento del magistrato o del giudice, anteriore alla emanazione dell'atto formale che era il solo giuridicamente rilevante, stava del tutto fuori di qualsiasi regolamento giuridico, e quindi quella pratica distinzione fra questioni meritevoli di maggiore o minore ampiezza di indagine, che ogni essere pensante ha sempre fatto, mai per tutto il diritto classico venne elevata ad istituto giuridico.

3. — Le cose mutano radicalmente col cadere dell'epoca classica.

Il magistrato che nel sistema dell'ordo conosce della concessione o meno dell'azione o dell'eccezione e rilascia la formula si confonde col giudice che valuta in merito le pretese delle parti ed emana la sentenza; e questo unico magistrato non è più l'augusto personaggio giurisdicente dell'epoca anteriore, più legislatore che giudice e partecipe all'autorità politica della res publica, nè il iudex privatus che giudica liberamente, più arbitro che giudice, il quale non ha altri limiti formali alla sua attività all'infuori della soggezione alla formula; ma

¹⁾ Fr. 3 D. 47, 19 (Marc. II publ. iud.); Paul. Sent. III, 5, 13; fr. 178, 2 D. 50, 16 (Ulp. XLIX ad Sab.); fr. 3 D. 47, 1 (Ulp. II de off. proc.); fr. 2 D. 47, 17 (Marc. II iud. publ.); sul fr. 15, 4 D. 42, 1 vedi oltre pag. 17 e seg.

²⁾ Vedi SECKEL, *Handlexicon*, ad v. ordinarius; SAMTER, op. cit., pag. 85.

³⁾ Vedi specialmente WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, pag. 86 e segg.; ed ora SAMTER, op. cit., pag. 63, 157 e seg.

è invece un funzionario dello Stato la cui attività giudiziaria è minutamente e con cura meticolosa regolata dalla legge. Se cadono i limiti ai poteri del giudice che derivano dalla redazione della formula, ne sorgono di nuovi e più profondi che hanno ora per fonte la legge. Pertanto il principio della prova libera risulta non più conforme al nuovo ordinamento; quindi la legislazione da Costantino a Giustiniano è sollecita ad imporre una folla di rigide e minuziose prescrizioni al giudice, fissando in maniera rigorosa e positiva con quali modalità ed in base a quali elementi il giudice dovrà formarsi il suo convincimento circa le pretese dedotte dalle parti ¹⁾, ed in tal modo il principio della prova legale e formale soppianta del tutto l'opposto principio classico della prova libera ²⁾.

Per quanto poi riguarda la forma del processo è chiaro che, scomparso l'antico procedimento, il legislatore ha dovuto necessariamente dare ex novo, sia pure non di getto, una forma al dibattito giudiziario; pertanto è un cumulo di prescrizioni che si accavallano in epoca postclassica riguardanti confezione e successione di atti giudiziari, limiti ed intervalli di tempo, requisiti di forma che pervadono tutto quanto il processo dall'inizio della lite fino alla emanazione della sentenza.

Con questo assetto è posta la base logica sufficiente per il sorgere di un processo sommario concepito come deviazione dalle rigide forme del processo ordinario; poichè si tratta di forme che non hanno una intima ed essenziale ragion d'essere, ma ripetono unicamente la loro esistenza dalla volontà del legislatore, è ben spiegabile come in determinati casi lo stesso legislatore esenti le parti dalla osservanza di esse; ed è così appunto che accanto al processo ordinario con tutte le sue pesanti solennità, sorge un giudizio più agile che prescinde da tali forme, ed accanto alla prova assoluta e piena raggiunta con le modalità fissate positivamente dalla legge si riconosce efficacia ad una prova sommaria e semipiena.

Ciò premesso studiamo anzitutto la legislazione da Costantino a Giustiniano.

¹⁾ Su queste prescrizioni vedi soprattutto BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprozess*, III, pagg. 272-289.

²⁾ Vedi sopra pag. 4.

a) Il processo si inizia con la solennità della *litis denunciatio*¹⁾. Ma questa solennità non è richiesta nel caso che il debitore sia convenuto « evidenti chirographo » (Imppp. Valentin. Val. et Grat.: c. 3 C. Th. 2, 4 [a. 371]); per la restituzione della donatio fatta contro la legge de repetundis da qualunque amministratore della provincia (Imppp. Grat. Valentin. et Theod.: c. 6 C. Th. 8, 15 [380]); per la cosiddetta *actio momentariae possessionis* (Impp. Arc. et Hon.: c. 8, 1 C. Th. 2, 1 = c. 8 C. I. 8, 4 [a. 395]); per l'*actio doli* (Imp. Constant.: c. 1 C. Th. 2, 15 [a. 319]: « nec denuntiandi necessitate petitor oneretur »); ed in generale Arcadio Onorio e Teodosio, mentre elencano le azioni in cui non è richiesta la *litis denunciatio*, limitano per le restanti azioni questa formalità alle cause di valore superiore ai 100 solidi: « ruptis denuntiationum ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri » (c. 6 C. Th. 2, 4 [a. 406])²⁾; gli imperatori parlano di « *celer reformatio* » o « *celer ordo* » con riferimento appunto alla omissione della *litis denunciatio*; così nel caso di coloni fuggitivi: « bonae fidei possessori prima oportet et celeri reformatione succurri, tum causam originis et proprietatis agitari, non expectatis temporibus nec denuntiatione solemnibus, quae locum in his negotiis non habebunt » (Impp. Arcadius et Hon.: c. 1 C. Th. 4, 23 [a. 400])³⁾; e per tutti i negozi stipulati dalla Chiesa: « actiones celeri legum ordine servato iudicantur disceptatione finiantur » (Impp. Honor. et Theod.: c. 7 C. Th. 2, 4 [a. 409]).

Gli imperatori parlano talvolta anche di una « *planaria interpellatio* », come istanza giudiziaria semplice e priva di forma in antitesi

¹⁾ Solemni more lis fuerit intimata (Imp. Constantin.: c. 1 C. Th. 2, 4 [319]); adeant solemnibus more iudicia (Impp. Arc. et Hon.: c. 10 C. Th. 2, 1 = c. 8 C. I. 1, 9 [a. 393]); et titulum inlatae solemniter pulsationis exceperit (Impp. Arc. et Hon.: c. 1 C. Th. 2, 14 [a. 400]).

²⁾ A causa della scomparsa nel diritto giustiniano della *litis denunciatio* (cfr. BETHMANN-HOLLWEG, op. cit., pag. 241) la costituzione è riportata nel Codice giustiniano (c. 4 C. I. 8, 1) con profondi tagli e modificazioni in maniera che il « *ruptis ambagibus* » viene a riferirsi alla procedura interdittale classica.

³⁾ Per la medesima ragione detta nella nota precedente nel Codice giustiniano la costituzione (c. 14 C. I. 11, 48) è riportata omissa l'ultima proposizione.

a causae cognitio o a libelli datio; c. 4 C. I. 3, 11 (Imp. Constant. [a. 318]): « a procedente iudice dilationem non convenit postulari, etiamsi utraque parte presente tribuatur, cum non alias nisi causa cognita indulgeri queat et cognitio causae non interpellatione planaria »; c. 6 C. Th. 13, 9 = c. 5 C. I. 11, 6 (Imp. Hon. ed Theod. [a. 412]): « libelli datione vel planaria interpellatione commoniti ».

b) Fatta la denuntiatio, l'azione deve essere proposta non prima di uno spazio di tempo stabilito dalla legge che verosimilmente è di quattro mesi ¹⁾; ma per abbreviare il procedimento la legge in determinati casi fa rimessione dell'osservanza di tali termini fatali, e gli imperatori parlano pertanto di *celer reformatio*; così l'osservanza del termine legale è esclusa anzitutto nei casi in cui la legge fa rimessione della stessa denunciatio, come è dichiarato espressamente nella c. 1 C. Th. 4, 23 (Imp. Arc. et Hon. [400]): « celeri reformatione succuri ... non expectatis temporibus nec denuntiatione solenni », e nella c. 6 C. Th. 2, 4 (Imppp. Arc. Hon. et Theod. [406]): « denuntiatione et temporum observatione remota »; mentre si conferma il principio che anche nel processo per *rescriptum Principis* dovrà osservarsi il *cursus temporum*, nel caso di spoglio violento del possesso si sancisce invece che « nullis eum temporum, quae ex rescriptorum editione defluunt, moris esse cludendum hac lege decernimus, ne iuris suffragium, quod in celeri reformatione consistit, beneficiorum imperialium decreta suspendant » (Imppp. Valent. Theod. et Arc.: c. 5 C. Th. 2, 4 [389]); come pure l'osservanza del termine è esclusa nei procedimenti speciali dinanzi il *defensor civitatis* (c. 5 C. Th. 1, 29; Imppp. Valent.

¹⁾ Che sia di quattro mesi non è detto esplicitamente nelle fonti le quali in genere parlano di *cursus temporum* (rubr. C. Th. 2, 6; c. 5 C. Th. 2, 4; Imppp. Valent. Theod. et Arc. [389]; c. 1 C. Th. eod. (Imp. Constantin. [319]), di *tempora* (c. 6 C. Th. 2, 4; Imppp. Arc. Hon. et Theod. [406]), di *dies legitimus* o *summus* (Symm., Ep. X, 52, 59), di *labsum temporis* (c. 2 C. Th. 2, 6; Imp. Constantin. [a. 319]; rubr. C. Th. 11, 32). Che questo spazio di tempo fosse di quattro mesi si suole argomentare (cfr. BETHMANN-HOLLWEG, op. cit., pag. 236 n. 15) dal fatto che la *reparatio denunciationis*, la quale poteva concedersi nel caso di trascorrenza del tempo, accordava appunto quattro mesi; l'esistenza di questo termine è negata dal WIEDING, *Iustinianische Libelprozess*, pag. 457 e segg., confondendolo con l'altro termine, di cui sarà fatto cenno oltre, entro cui l'azione deve esaurirsi; sul tema e sul carattere di questo limite di tempo, vedi KIPP, *Die Littis denunciation*, 1887, pag. 224 e segg.; ed ora SAMTER, op. cit., pag. 105; ARANGIO-RUIZ, *Bullettino*, XXIV, pag. 271 e seg.

Val. et Grat. [370] ¹⁾ ed il comes sacrarum largitionum (c. 3 C. Th. 1, 10; Imppp. Valent. Theod. et Arc. [385]).

c) In tema di prova il principio generale è che il giudice deve « plena inquisitione discutere » (Imp. Constantin.: c. 1 C. Th. 2, 18 = c. 9 C. I. 3, 1 [a. 321]), e gli imperatori parlano di una « acerrima indago » (Imp. Constantin.: c. 2 C. Th. 9, 19 = c. 22 C. I. 9, 22 [a. 320]), di una « plena rei inquisitio et notitia » (Imppp. Grat. Valentin. et Theod.: c. 41 C. Th. 11, 30 [a. 383]). Ma in contrapposto in taluni casi si accorda efficacia ad una prova non piena o limitata; così se il convenuto, possessore di un immobile alterius nomine, non intende « dominum nominare », il giudice « negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absentis de principali quaestione servata » (Imp. Constantin.: c. 2, 1 C. I. 3, 19 [a. 331]); si attribuisce efficacia provvisoria al documento impugnato di falso: « petitori tamen possessorie momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, ut tunc civili iurgio terminato secunda falsi actio subderetur » (Imp. Constantin.: c. 2 C. Th. 9, 19 [a. 320] ²⁾); ed i richiami alla celerità del processo riguardano non soltanto la omissione delle solennità e dei termini, ma altresì la sommarietà della prova; così per l'interdetto quorum bonorum si sancisce che « omnibus frustrationibus amputatis in petitem corpora transferantur » (Imppp. Arc. et Hon.: c. 1 C. Th. 4, 21 = c. 3 C. I. 8, 2 [a. 395]); se il colono è assente per 30 anni dal fondo « neque de eius condicione dubitatur, eum contradictione submota loco, cui natus est, cum origine iubemus sine dilatione restitui », e se il colono è già morto « eius posteritatem agrorum iuri ... celeri iubemus executione revocari » (Imp. Hon. et Theod.: c. 1 §§ 1, 2 C. Th. 5, 18 [a. 419]); nel caso di colono fugitivo « bonae fidei possessori prima oportet et celeri reformatione succurri » (Imppp. Arc. et Hon.: c. 1 C. Th. 4, 23 = c. 14 C. I. 11, 48 [a. 400]); qualora i tutori o curatori habito concludio « mino-

¹⁾ La costituzione è accolta solo in sunto nel Codice giustiniano e senza la parte che qui interessa: c. 3 C. I. 1, 55.

²⁾ La costituzione non può avere altro significato; arbitraria sembrami la interpretazione del BETHMANN-HOLLWEG, op. cit., pag. 284, per cui il giudice dovrebbe giudicare solo della autenticità e non della falsificazione del documento; del resto la decisione sulla autenticità verrebbe a pregiudicare la questione sul falso.

rum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis iurgandi copia et fructus adimatur», il giudice ordinerà senz'altro immediatamente la restituzione di quanto è stato sottratto: «his ea-tenus subvenienus, ut.... sed ilico quidem possessio ei a quo est ablata reddatur» (Imppp. Grat. Valentin. et Theod.: c. 2 C. Th. 4, 22 = c. 6 C. I. 8, 4 [a. 381]); e se l'assente è stato privato del possesso il giudice dovrà limitare la sua indagine solo al fatto dello spoglio: «id solum diligenter inquirant, utrum eius qui quolibet pacto peregrinatur possessio ablata est, quam propinquus vel amicus servulus quolibet titulo retinebat» (Imp. Constantin.: c. 1 C. Th. 4, 22 = c. 1 C. I. 8, 5 [a. 326]) ed ordinerà immediatamente la restituzione: «in his quae comprobantur ablata, celeri redhibitione consulere, nec iudicium dilatione suspendi» (Impp. Arc. et Hon.: c. 4 C. Th. eod. [a. 396]), senza con ciò pregiudicare per nulla il regolamento giuridico definitivo del rapporto: «ut inlibatis atque omnibus integris causae principalis in-ternis» (c. 1 C. Th. cit.).

d) La durata complessiva del processo è fissata in due anni¹⁾; ma questo spazio di tempo è notevolmente abbreviato per le cause del fisco appunto perchè «diutius non oportet privatorum sive fisci emolumenta fatigari» (Imp. Constantin.: c. 4 C. Th. 10, 1 [a. 320])²⁾, in tema di munera publica (Impp. Hon. et Theod.: c. 181 pr. C. Th. 12, 1 = c. 54 C. I. 10, 32 [a. 416]), e nelle cause criminali (Imppp. Valentin. Theod. et Arc.: c. 1 C. Th. 9, 36 [a. 385]; Impp. Hon. et Theod.: c. 2 C. Th. eod. [a. 409])³⁾.

e) Il beneficio dell'appello in epoca postclassica diventa un istituto di carattere generale; ma la legge in taluni casi lo esclude appunto affinchè la parte ottenga senza indugio sodisfacimento della sua pre-

¹⁾ Vedi c. 1 C. Th. 2, 15; la costituzione è riportata da Giustiniano con varie modificazioni (c. 8 C. I. 2, 20) ed il termine di due anni è riferito non più alla durata del processo, ma al tempo entro cui deve proporsi l'actio doli, in seguito ai nuovi termini processuali fissati da Giustiniano nella c. 13 C. 3, 1 [a. 530].

²⁾ Termine oscillante nella legislazione e diverso secondo le varie fattispecie: c. 13 C. Th. 10, 1 (Imppp. Grat. Valentin. et Theod. [a. 385]); c. 41 C. Th. 11, 30 (Imppp. Grat. Valentin. et Theod. [a. 383]); c. 27, 5 C. Th. 10, 10 (Impp. Hon. et Theod. [a. 418]); c. 30 C. Th. eod. (Imppp. Hon. Arc. et Constant. [a. 421]).

³⁾ Giustiniano in entrambe le costituzioni (cc. 1 e 2 C. I. 9, 44) e nella rubrica del Codice sostituisce «certum tempus» od «annus» per effetto della citata c. *properandum* pr. che fissa per le cause criminali il limite di due anni.

tesa; così nell'interdetto quorum bonorum « cessat licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis » (Imppp. Valentin. Valens et Grat.: c. 22 C. Th. 11, 36 [374]); e così pure per l'interdetto unde vi ¹⁾; nè possono appellare i manifesti debitorum anche quando non confessi ²⁾, nè in materia criminale qualora « dilucida et probatissima veritatis quaestio probationibus atque argumentis detexerit » (Imp. Constantin.: c. 1 C. Th. 11, 36 [a. 314 vel 315]) ³⁾; l'appello è escluso ancora in materia fiscale perchè « nec enim commodum publicum fas est diuturna frustratione suspendi » (Impp. Constantius et Constans: c. 8 C. Th. 11, 36 [a. 347]), e ciò appunto « publica utilitate suadente » (Impp. Idem: c. 12 C. Th. eod. [a. 355]) ⁴⁾.

f) In corrispondenza alla distinzione fra maiores e minores iudices ⁵⁾, gli imperatori distinguono, rispetto al contenuto ed alla portata dell'azione, fra giudizi di maggiore o minore importanza; c. 1 C. Th. 2, 3 = c. 2 C. I. 2, 57: « in maiore vel minore iudicio » (Impp. Theod. et Valentin. [a. 428]), e la tenuità della causa determina speciali disposizioni; così in tema di competenza: « cum igitur de his

¹⁾ Symmaco (X, 8, 10) parla di « sanctiones, quibus doceret, in reformatione momenti nullum esse appellationis locum »; Valentiniano Teodosio ed Arcadio ammettono l'appello ma « tamen lata sententia sortiatur effectum » (c. 1 C. Th. 11, 37 = c. 1 C. I. 7, 69 [a. 386]).

²⁾ Vedi c. 18, 2 C. Th. 11, 36 (Impp. Valentin. et Valens [a. 365]); c. 21 C. Th. eod. (Imppp. Valentin. Valens et Grat. [a. 374]); c. 27 C. Th. eod. (Imppp. Grat. Valentin. et Theod. [a. 383]); c. 30 C. Th. eod. (Idem Imppp. [a. 385]).

³⁾ Aggiungi: c. 4 C. Th. 11, 36 (Constantius et Constans [a. 339]); c. 7 C. Th. eod. = c. 2 C. I. 7, 65 (Idem [a. 344]); c. 14 C. Th. eod. (Idem [a. 361]); c. 18, 2 C. Th. eod. (Impp. Valentin. et Valens [a. 365]); c. 31 C. Th. eod. (Imppp. Theod. Arc. et Hon. [a. 392]); c. 33 C. Th. eod. (Impp. Arc. Hon. et Theod. [a. 406]); c. 1 C. Th. 9, 10 = c. 14 C. I. 11, 36 (Imp. Constantin. [a. 317?]); c. 1, 3 C. Th. 9, 24 (Imp. Constantin. [a. 320]).

⁴⁾ Il divieto dell'appello si riscontra assoluto e generale nelle seguenti costituzioni: c. 6 C. Th. 11, 36 (Impp. Constantius et Constans. [a. 342]); c. 9 C. Th. eod. (Idem a. [353]); c. 10 C. Th. eod. (Idem [a. 354]); c. 13 C. Th. eod. (Idem [a. 358]); c. 6 C. Th. 10, 1 (Imp. Constantius [a. 348]). Valentiniano Valente e Graziano limitano però il divieto nel caso di debito evidente: « dummodo evidentis atque convicti » (c. 19 C. Th. 11, 36 [a. 368]), e così la legislazione posteriore: c. 39 C. Th. 11, 30 (Grat. Valentin. et Theod. [a. 381]); c. 41 C. Th. eod. (Idem [a. 383]); questo limite non è più enunciato esplicitamente in c. 45 C. Th. eod. (Impp. Idem et Arc. [a. 385]); c. 46 C. Th. eod. (Idem [385]); c. 64 C. Th. eod. (Impp. Hon. et Theod. [a. 412]); c. 68 C. Th. eod. (Impp. Theod. et Valentin. [a. 429]).

⁵⁾ Vedi su questa distinzione BETHMANN-HOLLWEG, op. cit., pag. 176 e seg.

rebus parvis ac minimis tuae sit iniuria potestatis iudicare, decretum est eas tantum causas criminales a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritis horror inscriptionis impleverit, quae magnitudinem videlicet criminis tempusque designant, ut alterutram partem digna legum tenere possit auctoritas» (Impp. Arc. et Hon.: c. 8, 2 C. Th. 2, 1 [a. 395]; «ut si mediocritas negotii... ad iudicium tuum litigatores venire non patitur, iudici provinciae (iudicio rectoris *Iust.*) ... negotium delegates» (Grat. Valentin. Theod.: c. 45 C. Th. 11, 30 = c. 26 C. I. 7, 62 [a. 385]); circa la misura delle sportulae (c. 32, 5 C. I. 1, 3; Impp. Leo et Ant. [a. 472]), l'ammontare della multa nel caso di appello da un preiudicium (c. 5 C. Th. 11, 36; Impp. Constantius et Constans [a. 341]), e soprattutto circa la forma e la decisione della interpellatio: «si quis de tenuioribus ac minuseculariis interpellandum te esse crediderit, in minoribus causis ¹⁾ acta conficias, scilicet, ut si quando quis vel debitum iustum vel servum qui per fugam fuerit elapsus vel quod ultra delegationem dederit vel postulaverit vel quodlibet horum tua disceptatione restituas; ceteras vero, quae dignae forensi magnitudine videbuntur, ordinario insinuato rectori» (Impp. Valentin. et Valens: c. 2 C. Th. 1, 29 = c. 1 C. I. 1, 55 [a. 365]).

4. — La legislazione propria di Giustiniano, esplicitantesi sia nelle costituzioni che nelle interpolazioni dei testi classici, si incammina in buona parte sulle tracce della legislazione precedente.

a) Maggiore determinatezza acquista la distinzione fra giudizi maiores e minores, la quale è nettamente formulata nella c. 14, 4 C. I. 3, 1 [a. 530]: «in qualicumque iudicio maiore seu minore»; e di una minor litium aestimatio si parla nella c. 10 C. I. 7, 64 [a. 529]. Minores sono quelle causae che non eccedono il valore di 50 solidi, come sancisce Giustiniano nella c. 1 C. I. 1, 55, interpolando la corrispondente c. 2 C. Th. 1, 29 sopra riportata ²⁾; esse a differenza delle maiores si propongono e si decidono sine scripto ³⁾ (Nov. 17 c. 3 [a. 535];

¹⁾ Giustiniano aggiunge «id est usque ad quinquaginta solidorum summam».

²⁾ Questo limite è però elevato a 300 solidi nella Nov. 82, 5 [a. 539].

³⁾ Il principio ha dei precedenti affatto precisi nella legislazione di poco anteriore a Giustiniano in cui si parla di processi sine scripto: c. 4, 1 C. I. 12, 25 (Impp. Leo et Zeno [a. 474]); c. 17, 2 C. I. 12, 1 (Imp. Zeno [a. 485]); c. 14 C. I. 12, 19 (Imp. Iustinus).

Nov. 28 c. 3 [a. 535]¹⁾; la pochezza del valore della causa influisce sul regolamento della competenza in tema di appello (c. 37 C. I. 7, 62 a. 529); c. 39, 2 C. I. eod. [a. 530]), ed una particolare competenza viene stabilita « super minimis causis » (Nov. 23 c. 3 e 4 [a. 536]).

b) Giustiniano distingue, e con diverso trattamento processuale, fra questioni di facile o difficile indagine. Così la compensazione è ammessa solo quando la contropreteza « non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare »; è esclusa invece nel caso inverso: « si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent » (c. 14, 1 C. I. 4, 31 [a. 531]). Come pure talvolta Giustiniano ammette che il giudice per economia di giudizi possa attrarre nella sfera della sua cognizione questioni che sarebbero proprie di altra e separata azione, qualora si presentino di facile risoluzione. Interessante è a questo riguardo quanto sancisce Giustiniano per l'actio ad exhibendum nel fr. 3, 13 D. 10, 4:

Ibidem subiungit (sc. Pomp.) iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quae possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altiore quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi reique iudicatae.

Il testo è noto alla critica²⁾; e se non fosse per l'insistenza del Lenel³⁾ a ritenerlo genuino non metterebbe conto spendervi parola. Che la formula ad exhibendum contenesse la consueta clausola « neque arbitrato tuo A.º A.º exhibebitur » non si contesta; quello invece che è impossibile ammettere per diritto classico è che tale clausola avesse potuto attribuire al giudice la facoltà di giudicare anche delle ecce-

¹⁾ Taluni processi però indipendentemente dal valore, per il loro carattere speciale o per l'autorità dinanzi a cui sono proposti si istituiscono sine scripto: Nov. 83 pr. [a. 539].

²⁾ Vedi BESELER, *Beiträge*, I, pag. 29; ed ora LEVY, *Zeit. Sav., Stift.*, XXXVI, pag. 10.

³⁾ *Grünhut's Zeitschrift*, XXXVII, pag. 577.

zioni non inserite nella formula, e di delibare e pregiudicare altresì in taluni casi l'azione principale a cui sarebbe diretta la *exhibitio*; circa il primo punto non mi pare si possa seriamente dubitare che il principio della inerenza della *exceptio*, in quanto discendeva dall'opportere *ex fide bona*, fosse esclusivamente limitato ai giudizi di buona fede ¹⁾. Circa il secondo punto, per quanto la ricostruzione della formula non sia ancora accertata in tutti i suoi elementi ²⁾, non si riesce a comprendere come di fronte ad una intentio enunciante la pretesa dell'attore alla *exhibitio rei*, l'*arbitrium iudicis* — tanto più se si intende rettamente nel senso di semplice potere del giudice di ordinare la *exhibitio* e conseguentemente di assolvere ³⁾ — avesse potuto attrarre nella sfera dell'azione ad *exhibendum* la delibazione della questione relativa all'azione principale; ed accettando la ricostruzione della *demonstratio*, quale ora viene proposta dal Lenel ⁴⁾, « *quod A^s A^s Stichum hominem a N^o N^o vindicare vult* », non poteva venire in giudizio nullo altro all'infuori della semplice intenzione dell'attore di esercitare la *reivindicatio*. La netta separazione invece delle due questioni è ammessa dai classici, come risulta dal fr. 3, 1 D. h. t. (Ulp. XXIX ad ed.), in cui il giurista nega che l'attore debba in giudizio provare il suo diritto di proprietà: « *qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere* ». Certo per i classici l'*actio ad exhibendum* aveva sostanzialmente carattere preparatorio rispetto all'azione a cui in definitivo mirava l'attore, in quanto la *exhibitio rei* non poteva essere fine a sè stessa; ma lo svolgimento processuale delle due

¹⁾ Vedi BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, pag. 36 e segg.; per le azioni con clausola restitutoria vedi RICCOBONO, *Annali del Sem. giur. della R. Un. di Palermo*, III-IV, pag. 179 e segg.

²⁾ Vedi LENEL, *Edictum*, pag. 213 e segg.; diversamente ora in *Zeit. Sav. Stif.*, XXXVII, pag. 116 e segg.

³⁾ La recente ricostruzione del LEVY, op. cit., pag. 78 e segg., per cui l'*arbitrium* attribuiva soprattutto al giudice il potere di giudicare più liberamente ed i giudizi arbitrari costituivano un concetto così ampio da comprendervi azioni sia di buona fede che con condanna in *bonum et aequum*, non mi sembra felice, inquantochè l'egregio Autore, accanto ad esatissimi rilievi sulla clausola restitutoria (pag. 14 e segg.), non è riuscito a sceverare gli elementi classici dagli ampliamenti e dalle deformazioni bizantine; in ordine ai poteri del giudice i classici non conobbero alcun'altra categoria all'infuori dei *iudicia bonae fidei*: vedi BIONDI, *Actiones stricti iuris*, 1918, pag. 6 e segg.

⁴⁾ *Zeit. Sav. Stif.* cit., pag. 118.

azioni era perfettamente distinto ed autonomo. Nel diritto giustiniano invece, caduto il sistema della formula che investe il giudice della conoscenza della causa nei limiti in essa segnati, l'azione ad exhibendum acquista carattere anche formalmente preparatorio nel senso che il giudice è investito, sia pure in via sommaria, sulla conoscenza dell'azione principale ai fini della decisione della questione circa la exhibitio. Questa sommaria cognitio è invocata espressamente da Giustiniano nel fr. 3 § 9 D. h, t.:

Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi: iudex igitur summatim debet cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.

Il passo, come rilevò il Beseler¹⁾, appare intruso nel commento ulpiano; se il giurista avesse realmente posto quella formulazione generale sulla spettanza dell'azione, come avrebbe potuto continuare nel successivo § 10: « plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum? » D'altra parte se l'interesse dell'attore ad ottenere la exhibitio costituisce la base dell'azione, come mai si giustifica su tale punto una sommaria cognitio da parte del giudice?

Le due interpolazioni rilevate nel § 9 e nel § 13 si illuminano a vicenda. La questione dell'interesse dell'attore alla esibizione, che da Giustiniano viene elevato a criterio generale per la spettanza dell'azione, costituisce il punto di interferenza fra la quaestio exhibitionis e la questione riguardante l'azione principale; ed il momento in cui si saldano le due azioni: il giudice, dovendo giudicare dell'interesse dell'attore, dovrà anche deliberare la questione che involve l'azione principale a cui l'actio ad exhibendum serve di preparazione; si tratta però di una sommaria cognitio, limitata alle questioni di facile e sicura risoluzione, la quale nel diritto giustiniano, come si vedrà, offre il vantaggio di non pregiudicare definitivamente i diritti della parte che potranno farsi valere in separata sede.

¹⁾ *Beiträge*, I, pag. 1, 2; vedi anche SAMTER, op. cit., pag. 137; ed ora LENEL, *Zeit. Sav. cit.*, pag. 120.

Questa trasfusione della materia di una futura azione in un'altra già istituita per mezzo della sommaria cognitio ha luogo in un'altra ipotesi.

Fr. 15, 4 D. 42, 1 (Ulp. III de off. consulis):

Si rerum, quae pignoris iure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro [*ipsos, qui rem iudicatam eseguntur, cognoscere debere de proprietate: et si cognoverint eius fuisse qui condemnatus est, rem iudicatam exsequuntur. sed sciendum est summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praeiudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi eius sit, qui controversiam movit, non eius, cuius nomine capta est: nec eum cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti. sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat. sed illud debet dici*], ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud si quod est sine controversia.

Il testo è importante sia perchè enuncia netta l'antitesi fra ius ordinarium, inteso come procedimento normale, e summaria cognitio, quale procedimento speciale, sia perchè da esso ha origine l'istituto dell'opposizione del terzo come incidente nel processo esecutivo¹⁾.

La contraddizione fra le due parti del testo è palese ed insanabile: la prima ammette una summaria cognitio de proprietate, innestata nel processo di esecuzione; la seconda invece dispone che sia liberata senz'altro dal pegno la cosa la cui spettanza è controversa e che si passi ad un'altra su cui non cada controversia di sorta, il che suppone che la quaestio de proprietate non viene menomamente sfiorata dal giudice. Ciò fu intuito benissimo dal Fabro²⁾ il quale opinò che dovesse attribuirsi ai compilatori la seconda decisione enunciata nella proposizione «sed illud... controversia». Ma un più attento esame della questione porta a risultato opposto. Il principio classico è che il pegno giudiziario può sussistere solo su cose su cui non cada controversia circa la loro appartenenza; esso ci viene attestato ancora

¹⁾ Cfr. M. T. ZANZUCCHI, *L'azione in opposizione del terzo nel processo esecutivo*, I, pag. 41 e segg.

²⁾ *Coniecturae*, VII.

dallo stesso imperatore Caracalla, al quale, secondo il testo delle Pandette, dovrebbe attribuirsi il principio opposto; c. 2 C. I. 4, 15 (Imp. Ant.): « si in causa iudicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitores eius conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur » [a. 205]; lo stesso principio in materia di pegno di crediti è riportato dal medesimo Ulpiano nel successivo § 9 e qualificato come *aequissimum*. Pertanto è da ritenere interpolato tutto il tratto intermedio « ipsos qui... debet dici », come dimostra del resto il contrapposto non classico fra *ius ordinarium* e *summaria cognitio*¹⁾, l'uso abnorme dei termini *sententia* e *iudicatum* adoperati per la *cognitio extra ordinem*²⁾ ed in ispecie *sommatoria*, tanto più che, come dichiara il testo, la sentenza non costituisce cosa giudicata, la infelice ed equivoca frase « tantum capioni proficiat »³⁾. Interpolato per conseguenza ritengo altresì il § 9 dello stesso frammento:

Sed utrum confessum nomen tantum capi possit an etiam si neget quis se debere, videamus. et magis est, ut id dumtaxat capiat, quod confitetur: ceterum si negetur, aequissimum erit discedi a nomine, [nisi forte quis exemplum secutus corporalium pignorum ultra processerit dixeritque ipsos debere iudices de nomine cognoscere, ut cognoscunt de proprietate: sed contra rescriptum est].

I compilatori i quali per i crediti vogliono mantenere il principio classico prevengono la facile obbiezione derivante dal diverso trattamento in tema di pegno di cose corporali, e la respingono con quell'indeterminato « sed contra rescriptum est »⁴⁾.

¹⁾ *Ius ordinarium* nelle fonti è sempre in contrapposto ad *extra ordinem* e denota sempre l'agere per formulas: vedi sopra pag. 6.

²⁾ L'opinione dominante, argomentando dal fr. 14 D. 42, 1 (Cels. XXV dig.), distingue il decretum dei processi *extra ordinem* dalla *sententia* dell'ordo iudiciorum: cfr. per tutti PUCHTA, *Institutionen*, 10 Aufl., I, pag. 544; BERTOLINI, *Processo civile*, III, pag. 16; diversamente però ora SAMTER, op. cit., pag. 128.

³⁾ Per le varie interpretazioni vedi BRIEGLEB, op. cit., pag. 255.

⁴⁾ Questa forma di sollevare obbiezioni e decidere contro di esse non è insolita in Giustiniano: vedi fr. 1, 5 D. 42, 6: « nisi si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est: quod non facile admissum est »: cfr. FADDA, *Diritto ereditario*, II, pag. 363 ed ivi citati.

c) In un gruppo di testi delle Pandette la summaria cognitio è applicata in tema di concessione di azioni o di benefici giuridici, nel senso che il giudice dovrà preventivamente ed in modo sommario esaminare se la richiesta della parte sia fatta *calumniae causa* oppure a scopo dilatorio.

Fr. 7, 1 D. 5, 3 (Ulp. XIV ad ed.): Ita demum autem sustinentur liberalia iudicia, si iam de inofficioso iudicium contestatum est: ceterum si non contestetur, non expectantur liberalia iudicia: et ita divus Pius rescripsit. nam cum quidam Licinnianus de statu suo questionem patiebatur et, ne maturius pronuntiaretur de conditione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem, quia libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat: divus Pius ait, [*si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine suscepturus et erat in arbitrio eius, qui se dominum esse dicit, agere de inofficioso testamento iudicium. nunc vero sub obtentu iudicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium non debere moram fieri servituti. plane summatim aestimandum iudici concessit, an forte bona fide impleretur iudicium de testamento: et si id deprehenderit, praestituendum modicum tempus, intra quod si non fuerit contestatum, iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi*].

La interpolazione, rilevata già dal Fabro ¹⁾, non ha bisogno di soverchia dimostrazione. Si noti: si quidem; esset e subito dopo erat; il limite di cinque anni per l'esercizio della querela; plane; modicum tempus; iubeat che viene a riferirsi all'imperatore; la decisione poi, che dovrebbe attribuirsi ad Antonino Pio, contrasta apertamente col rescritto dello stesso imperatore enunciato nella prima parte: « ceterum si non contestetur, non expectantur liberalia iudicia: et ita divus Pius rescripsit ». A mio avviso il testo ulpiano si chiudeva così: « divus Pius ait [*si quidem... facilius*] audiendum (non esse Ulp.) ».

Fr. 3, 1 D. 36, 4 (Ulp. LII ad ed.): Nec non illa cognitio imploranda erit ab herede, si forte dicatur per calumniam satis peti:

¹⁾ *Rationalia*, ad h. l.

hoc enim commune est omnium satisfactionum. divus enim Pius rescripsit eum apud quem satis petitur, debere explorare num per calumniam satis petatur: [*de qua re summatim debet cognoscere*].

c. 1 C. 6, 54 (Imp. Pius): Quoniam nihil actor amplius postulat, quam ut fideicommissi nomine satisfidetur, non debet is qui iuri dicendo praestit [subtiliter] cognoscere, debetur nec ne fideicommissum, sed tantum decernere, ut satisfidetur.

Ed in genere per tutte le stipulazioni pretorie fr. 1, 9 D. 46, 5 (Ulp. LXX ad ed.):

Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet [*super ea re summatim*] cognoscere et cautum iubere aut denegare.

Sono aggiunte che si tradiscono anche per il modo sciatto con cui vennero appieccate; per la prima va rilevato il debet senza soggetto, per la terza il famigerato uso giustiniano di *super* per *de*. I classici in questa materia invocano sempre puramente e semplicemente la cognitio Praetoris; vedi fr. 14, 1 D. 36, 3 (Ulp. LXXIX ad ed.): «divus quoque Pius rescripsit, quotiens evidens res est, ut certum sit nullo modo fideicommissio locum esse, perquam iniquum esse supervacua cautione onerari heredem»; fr. 1, 3 D. 36, 4 (Ulp. LII ad ed.): «cum constet legatum non deberi, divus Pius ad Aemilium Equestrem rescripsit non debere praetorem satisfactionem admittere», e per questione analoga vedi fr. 43 D. 5, 3 (Paul. II ad Plant.): «imperator autem Antoninus rescripsit ei qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit».

Fr. 1, 14 D. 37, 9 (Ulp. XLI ad ed.): Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti et ita divus Hadrianus Claudio praetori rescripsit, [*ut summatim de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam*

daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat, idemque est et si status mulieri controversia fiat].

Fr. 3, 4 D. 37, 10 (Ulp. XLI ad ed.): [*Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. summam ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem].*

Nè l'Imperatore Adriano nè Ulpiano invocavano qui La summaria cognitio. Del rescritto di Adriano abbiamo per fortuna un riferimento genuino nel fr. 3, 3 D. 43, 4 (Ulp. LXVIII ad ed.) che coincide esattamente con la prima parte del fr. 1, 14 riportato dello stesso Ulpiano: «si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem». I giuristi poi in tema di bonorum possessio ex Carboniano, ed in conformità al testo dell'editto, non conoscono che la consueta cognitio Praetoris la quale si esplica liberamente senza alcun limite legale; così fr. 7, 1 D. 37, 9 (Ulp. XLVII ad ed.): «interdum non passim, sed cum causae cognitione mitti venter in possessionem debet, si qui sit, qui controversiam referat»; fr. 1 pr. D. 37, 10 (Ulp. XLI ad ed.): «si cui controversia fiet... causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur»; questi passi sono interessanti inquantochè vi è presupposta una controversia de statu. In epoca postclassica, venuta meno la cognitio Praetoris, cessa anche questo potere discrezionale di accordare o meno la bonorum possessio ex Carboniano, la quale è invece concessa solo nel caso che il richiedente fornisca la prova piena di tutti

i requisiti richiesti dalla legge per la successione legittima; così sanciscono gli imperatori Valentin. Teodosio ed Arc. nella c. 1 C. Th. 4, 3 del 393: « Carbonianum edictum sub personis legitimis indubitato matrimonio, custodito partu et probata legitima successione defertur ». Dato questo precedente legislativo, la summaria cognitio introdotta da Giustiniano appare quasi un ritorno all'antico, con questa fondamentale differenza che la cognitio praetoria classica si esplicava libera ed illimitata, mentre la summaria cognitio giustiniana resta circoscritta a ciò che prima facie appare evidente ed indubitabile. Dalla introduzione di una summaria cognitio in tema di edictum Carbonianum discendono due interpolazioni:

Fr. 1, 16 D. 37, 9 (Ulp. XLI ad ed.): Si quis prima uxore praegnate facta mox aliam duxerit eamque praegnatem fecerit, diemque suum obierit, edictum ambobus sufficeit, [*videlicet cum nemo contendit nec calumniatricem dicit*].

Ammissa da Giustiniano, come si è visto, nel precedente § 14 una sommatoria cognitio nel caso di controversia de statu, appare assai naturale come qui il legislatore limiti l'applicazione senz'altro dell'editto alla ipotesi che non vi sia alcuna controversia.

Fr. 3, 5 D. 37, 10 (Ulp. XLI ad ed.): Duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat, alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio, an repraesentari. [*hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis, et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli debet*]. finge esse testes quosdam... et cet.

Questa diligentissima examinatio è posta deliberatamente in antitesi alla summaria cognitio di cui parla Giustiniano nel precedente § 4; delle due cognitiones classiche contemplate nel testo dell'editto (fr. 1 pr. D. h. t.), riguardanti l'una la concessione della bonorum possessio, l'altra il differimento del giudizio tempore pubertatis, Giustiniano ammette nella prima una sommatoria cognitio e per contrapposto nella seconda una diligentissima examinatio. Questi limiti e precetti

circa la cognitio Praetoris erano completamente estranei ai classici; vedi per un caso analogo il rescritto dei divi fratres riferito da Ulpiano (II de off. cons.) nel fr. 27 pr. D. 40, 12: « cum Romulus, de cuius statu quaeritur, pupillaris aetatis sit, an exigente Varia Hedone matre et consentiente Vario Hermete tutore, ad tempus pubertatis causa differenda sit, vestrae gravitatis est ex fide personarum quod utile est pupillo, constituere »; ed in modo identico decide Giuliano riferito nel fr. 3, 4 D. 43, 30 (Ulp. LXXI ad ed.): « Julianus ait, quotiens... alias differri oportere rem in tempus pubertatis, alias repraesentari: idque ex persona eorum, inter quos controversia erit, et ex genere causae constituendum est ».

d) Una serie di testi riguarda propriamente la materia della prova in quanto la sommaria cognitio viene senz'altro presa a base della sentenza del giudice. A questo riguardo possiamo dire che la sommaria cognitio costituisce il preciso contrapposto alle probationes legitimae, evidentissimae, apertissimae, manifestissimae del diritto giustiniano¹⁾.

Anzitutto taluni provvedimenti del giudice sono presi in seguito a sommaria indagine ed hanno solo efficacia provvisoria; così se lo erede testamentario chiede l'immissione nel possesso delle cose ereditarie e non vi sono contraddittori, il giudice accoglierà senz'altro la domanda, bastando che la parte « testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat »; se invece si presenta un contraddittore la causa sarà trattata regolarmente in iudicio « et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit » (c. 3 pr. § 1 C. 6, 33 [a. 531]). E se il convenuto è latitante prima della litis contestatio, il giudice, esaminata la questione *παραπερώς*, ordinerà la missio in possessionem nei beni di lui, la quale però non ha efficacia definitiva (Nov. 53, 4, 1 [a. 537]).

In taluni passi delle Pandette la summaria cognitio è posta senz'altro a base della sentenza la quale però ha sempre solo efficacia provvisoria.

Fr. 40 D. 9, 2 (Paul. III ad ed.): In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, [*et interim testibus quoque id probare possim*,

¹⁾ Vedi SECKEL, *Handlexicon*, ad v. probatio.

qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summam re exposita ad suspicionem iudicem adducant, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit].

L'interpolazione è concordemente ammessa da vari punti di vista ¹⁾ e di essa non si può dubitare, quantunque non sia possibile ricostruire con sicurezza positivamente la decisione di Paolo, dal momento che il fr. 32,1 D. 47, 2 (Paul. IX ad Sab.), anch'esso interpolato ²⁾, nella stessa redazione attuale lascia insoluta la questione. Il testo è assai interessante per la dottrina giustiniana dell'istituto. Nonostante che il passo delle Pandette sia collocato nel titolo ad legem Aquiliam, e nonostante il riferimento dei Basilici (B. 60, 3, 40 sch. 1; Hb. V, 311), io ritengo che la sentenza, la quale cadrebbe nel nulla nel caso di deficienza della condizione, riguardi non la pena ex lege Aquilia ma lo stesso credito condizionale. Infatti, posto il principio che « si potest alias probare, non patitur damnum » (fr. 32, 1 D. cit.), è chiaro che la condanna ex lege Aquiliae dovrebbe essere inefficace non soltanto nel caso di deficienza della condizione, ma altresì qualora i testimoni, contrariamente alla precedente supposizione, siano presenti al momento del verificarsi della condizione e possano far fede dell'obbligazione; il danno del creditore condizionale derivante dalla distruzione del chirografo che comprova il credito stesso non è attuale ma eventuale, subordinato cioè sia al verificarsi della condizione che al venir meno dei testimoni al tempo in cui la condizione si realizza; orbene, se la legge ammette che il danno possa provvisoriamente essere valutato in una sentenza non definitiva, è chiaro che la stessa ragione, cioè il venir meno del danno, che porta ad ammettere la invalidità della sentenza si defecerit condicio, vale altresì nel caso che i testimoni siano vivi e presenti quando la condizione si verifica; ma quest'ultima conseguenza esclude il passo in esame quando ammette piena efficacia alla sentenza nel caso che la condizione si sia verificata. Queste con-

¹⁾ Vedi BRIEOLLEB, op. cit., pag. 270 e segg.; BESELER, *Beträge*, I, pag. 78; KRUEGER, ad h. l.; VASSALLI, *Bullettino*, XXVII, pag. 261 e seg., *Sentenza condizionale*, 1918, pag. 27 e seg.; sulla questione in genere RICCOBONO, *Zeit. Sav. Stift.*, XXXIV, pag. 235.

²⁾ Vedi VASSALLI, loc. cit.

siderazioni portano a riconoscere che la sentenza riguardi lo stesso credito condizionale e che la sommaria cognitio rifletta non la prova di questo credito il quale dovrà essere regolarmente provato nei modi dovuti, ma la circostanza che i testimoni presenti al momento della azione possono non esserlo più al tempo in cui la condizione si verificherà; nè tale cognitio appare senza ragione ove si tenga presente che Giustiniano considera come un caso di *pluris petitio* l'agere ante *condicionem*¹⁾, e quindi, allo scopo di evitare gli effetti penali della *pluris petitio* del nuovo diritto, il legislatore ammette che l'attore giustificando l'agere ante *condicionem* ottenga una sentenza non definitiva.

Fr. 5,8 D. 25,3 (Ulp. II de off. cons.): Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, [*summatim*] [*iudices*] (consules Ulp.) oportet super ea re cognoscere: si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta.

Summatim è certo insiticio, come dimostra tutto il commento ulpiano, in cui, anche per questioni analoghe, si parla sempre della pura e semplice cognitio dei consoli; fr. 5 pr.: « si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, [*iudex*] (consul Ulp.) de ea re cognoscet »; § 7: « sed ... aestimare [*iudices*] (consules Ulp.) debent »; § 11: « idem [*iudex*] (consul Ulp.) aestimare debet »; § 14: « si mater alimenta... [*iudices*] (consules Ulp.) aestimabunt »; § 18: « solent [*iudices*] (consules Ulp.) cognoscere »; § 20: « ... et puto causa cognita [*iudices*] (consules Ulp.)... alendos decernere ». Anche qui la sentenza del giudice, emanata in base ad una sommaria cognitio, non è definitiva: dal momento che essa non pregiudica la questione de statu (fr. 5, 9 D. h. t.)²⁾ e d'altra parte l'obbligo degli alimenti suppone sempre la qualità di liber o di parens nella persona dell'obligato, è evidente che il giudizio sugli alimenti potrà essere rinnovato in conformità alla decisione de statu.

Non riguarda propriamente la prova ma taluni elementi di essa il fr. 9, 6 D. 11, 1 (Ulp. XXII ad ed.):

¹⁾ Ciò si evince dal confronto fra Gai IV, 53 b e Inst. 4, 6, 33 b; sul tema vedi da ultimo VASSALLI, op. cit., pag. 257 e segg.

²⁾ Vedi anche fr. 10 D. 1, 6 (Ulp. IV ad legem Iul.).

Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas an per eos quos suo iuri subiectos habet vel per eum cui heres extitit. [*summatim igitur praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat quo iure heres sit, ut, si valde interesse compererit plenius responderi iubeat. quae obtinere debent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus*].

La questione prospettata dal giurista appare troncata; l'igitur dovrebbe enunciare una deduzione mentre introduce una decisione la quale, imperniata sulla rilevanza o meno della questione se l'erede sia testamentario o legittimo, se suo nomine o per mezzo dei suoi sottoposti, si adatta meglio con la funzione probatoria che le interrogazioni assumono nel diritto giustiniano (fr. 1, 1 D. h. t.: «sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt») anzichè con lo scopo classico della interrogatio in iure che mirava unicamente al rilascio di una formula enunciante solo la qualità di erede.

c. 1 C. I. 7, 65 (Imp. Ant.): Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est [*negotio prius summatim perscrutato*], appellatio recipi non potest.

La summaria cognitio va qui certamente riferita al precedente giudizio e non alla possibilità o meno dell'appello¹); e quindi l'imperatore verrebbe ad escludere l'appello rispetto ad una sentenza contumaciale appunto perchè emanata in base ad una cognitio sommaria. Ma simile ordine di idee non è classico. Se i giuristi anche dell'ultimo periodo escludono concordemente e senza dubbi di sorta in linea di principio l'appello contro le sentenze contumaciali²); perchè Caracalla

¹) Vedi BETHMANN-HOLLWEG, op. cit., II, pag. 304; SAMTER, op. cit., pag. 138.

²) Fr. 23, 3 D. 49, 1 (Pap. XIX resp.): «eum, qui cognovit edictum peremptorium... non recte provocasse, cum in eius potestate fuerit ante diem praestitum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere»; fr. 73, 3 D. 5, 1 (Ulp. IV de omni. Trib.): «sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur»; Paul. Sent. 5, 5 a, 6 (7): «...quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet: quum immo nec appellari ab ea potest»; non cito la c. 19 C. Th. II, 36 = c. 4 C. I. 7, 65 (Imppp. Valentin. Valens et Grat. [a. 363]) perchè qui contumax è inteso non nel senso tecnico di debitore dolosamente assente in giudizio, ma di debitore che non sodisfa il debito derivante dal giudicato. Giustiniano nella c. 13, 4 C. I., 3, 1 conferma il principio classico avvertendo che esso «in veleribus legibus esse statutum manifestissimi iuris est».

per arrivare a questa esclusione avrebbe invocato la circostanza che la sentenza è stata pronunciata in base ad una sommaria cognitio? Il vero è che qui siamo in presenza di principi bizantini. La legislazione imperiale postclassica, come si è visto ¹⁾, esclude l'appello in caso di summaria cognitio; d'altra parte Giustiniano, mentre conferma il divieto generale dell'appello contro le sentenze contumaciali, dispone che il giudice « ex una parte cum omni subtilitate causam requirat et, si obnoxius fuerit inventus, et contra absentem promere condemnationem non cesset, quae ad effectum perducatur » (c. 13, 3 C. I. 3, 1; Imp. Iustinianus [a. 530]); diguisachè per diritto giustiniano o la sentenza contumaciale è emanata cum omni subtilitate ed allora l'appello per questa stessa ragione è escluso, o si tratta di sommaria cognitio, ed allora la esigenza della maggiore rapidità nella realizzazione del diritto dell'attore, la quale giustifica la cognitio summaria, determina la esclusione dell'appello.

5. — Un esame a parte merita la materia degli interdetti ²⁾ non limitato più ai pochi rilievi che sopra ho avuto occasione di fare.

Per quanto riguarda il periodo delle formule valgono le considerazioni svolte per le azioni ³⁾. L'interdetto classico non è che ordine del magistrato, emanato su richiesta della parte interessata, il quale prescrive ad una persona una determinata condotta in conformità al testo dell'editto e col presupposto che esistano in fatto tutte le condizioni in esso contenute. Se la parte a cui è rivolto l'ordine lo esegue, tutto finisce qui; altrimenti si ingaggia un procedimento regolare, o per mezzo della sponsio o per mezzo della formula arbitraria, circa la sussistenza in fatto delle condizioni enunciate nell'interdetto e la disobbedienza della parte. Orbene, se questo è il procedimento interdittale nella sua schematica struttura, e se, come si è visto ⁴⁾, tanto la cognitio Praetoris che la cognitio iudicis si esplicavano liberamente e senza limiti di sorta che non fossero enunciati nell'editto o nella formula, non comprendo come ed in qual senso si possa attribuire a tale procedimento il carattere di somma-

¹⁾ Pag. 11 e segg.

²⁾ Sulla questione circa il carattere sommario degli interdetti vedi SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, II, pag. 216 e segg., 255 e segg., ed ivi altre citazioni; SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, pag. 346 e segg.; per la letteratura anteriore vedi UBBELOHDE, *Cont. al Glück*, lib. 43-44, I-II, pag. 765 e segg.

³⁾ Pag. 2 e segg.

⁴⁾ Pag. 3 e segg.

rietà rispetto alle azioni: sia che l'interdetto enunci una pretesa giuridica sia che affermi un dato di fatto, l'agere ex interdicto, tanto riguardo alla forma che alle modalità della prova, in nulla differisce dalle azioni. Quello che di speciale il procedimento interdittale presenta è solo l'emanazione dell'ordine da parte del magistrato; ma tale ordine non è certo un processo ma solo la base di un futuro regolare processo; pertanto erra il Savigny¹⁾ quando all'emanazione dell'interdetto in sè e per sè attribuisce carattere sommario in quanto aveva lo scopo di esaurire sollecitamente e senz'altra indagine la questione; poichè, dal momento che questo scopo si raggiungeva solo nel caso di esecuzione del comando del magistrato, è chiaro che con tal mezzo non si abbreviava affatto o si rendeva sommario il processo, ma si escludeva del tutto, nello stesso modo che non si abbrevia ma resta escluso il procedimento nel caso che il debitore esegua spontaneamente l'obbligazione.

La questione va posta in termini ben diversi. Poichè la struttura processuale classica degli interdetti si ribella a considerare questi come dei mezzi giuridici sommari, si tratta di vedere se in epoca postclassica, quando l'interdetto si trasfonde nel concetto generale di azione e ne segue il trattamento processuale, per tutti gli interdetti o per taluni di essi la legislazione abbia ammesso qualcuno di quei principi che, come s'è visto, la legislazione postclassica e giustiniana introduce nella sfera delle azioni e che risultano peculiari del processo sommario. Così l'indagine precedente ha messo in evidenza che per tutti gli interdetti non occorre la solennità della *litis denuntiatio* (c. 6 C. Th. 2, 4: *Imppp. Arc. Hon. et Theod. [a. 406]*²⁾, e quindi resta esclusa la osservanza dei termini che derivano da tale atto³⁾; ed inoltre per taluni interdetti si ammette come sufficiente la prova sommaria o si esclude l'appello⁴⁾.

Ora appunto per effetto di tali ed altre innovazioni in materia di interdetti taluni di essi acquistano uno speciale carattere di provviso-

¹⁾ Op. cit., pag. 256 e seg., 273 e seg.; *Das Recht des Besitzes*, VII Aufl., pag. 381.

²⁾ Vedi sopra pag. 8.

³⁾ Vedi sopra pag. 9 e seg., Nel diritto giustiniano, caduta la *litis denuntiatio* e riassunto l'interdetto nel sistema generale delle azioni, alle azioni corrispondenti agli antichi interdetti si applica la distinzione fra *causae maiores* e *minores* con tutte le sue conseguenze. Vedi sopra pag. 13 e seg.

⁴⁾ Vedi sopra pag. 10 e segg.

rietà che è interessante qui studiare. Riassunto l'interdetto nel sistema generale delle azioni, la tutela interdittale acquista in genere la funzione specifica di mezzo giudiziario provvisorio; di questa concezione si hanno delle tipiche manifestazioni.

a) Funzione provvisoria acquista l'interdetto quorum bonorum. In epoca postclassica, perduto il ricordo della speciale funzione storica della bonorum possessio, la distinzione fra questa e l'hereditas, come diverso modo di successione nel patrimonio del defunto, perde la sua ragion d'essere; infatti la legislazione imperiale, che culmina nell'attività di Giustiniano, eliminati legislativamente gli antichi conflitti fra le due fonti di chiamata all'eredità, è tutta intenta a parificare i due istituti assoggettandoli allo stesso regolamento giuridico mediante il vicendevole scambio dei principi peculiari a ciascuna delle due specie di successione ¹⁾. Così l'interdetto quorum bonorum è accordato anche all'heres ²⁾; ma la sua funzione degenera in quella di mezzo processuale sommario e provvisorio di fronte alla hereditatis petitio; in questo senso è assai interessante la c. un. C. Th. 4, 21 (= in parte c. 3 C. I. 8, 2) di Arcadio ed Onorio del 395:

Pr.: Quid tam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti vindicasset, etiam si quid possit tribui de proprietate luctamen? ³⁾ § 1: Constat autem virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa tum lex ipsa naturae successores eos faciat; § 2: Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis ⁴⁾ in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

¹⁾ Vedi BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane* (estr. dagli *Annali dell'Un. di Perugia*, 1913), pagg. 10-41.

²⁾ Vedi VOGT, *Röm. Rechtsg.*, III, pag. 297; non bene BIONDI, op. cit., pag. 18 n. 3. Per i testi interpolati della compilazione vedi BIONDI, op. cit., pag. 18 e seg. Sulla estensione al bonorum possessor della hereditatis petitio vedi BIONDI, loc. cit.

³⁾ Nel Codice giustiniano questa prima proposizione manca.

⁴⁾ Il Codice di Giustiniano qui aggiunge « per interdictum quorum bonorum »; forse è una glossa; ad ogni modo non v'è dubbio che questo sia il mezzo giuridico contemplato dall'Imperatore. Non posso convenire col SAVIGNY, op. cit., pag. 223 e segg., nel considerare che il § 2 contempli una ipotesi nuova e che l'imperatore accordi senza l'opera del giudice una missio in base a semplice presentazione del testamento: se l'imperatore non avesse avuto di mira un processo, perchè avrebbe sentito il bisogno di fare esplicita riserva per l'azione di proprietà che anzi viene qualificata come secondaria?

La funzione provvisoria e sommaria dell'interdetto rispetto alla azione ereditaria è qui nettamente scolpita: omnibus frustrationibus amputatis, come hanno intuito benissimo gli antichi interpreti ¹⁾, esprime la sommarietà della prova a fine di rendere più celere il procedimento; e questa sommarietà della prova viene implicitamente ad avere per suo contrapposto la prova piena che si dovrà esigere nella secundaria actio; è dunque un nuovo principio che si fa avanti poichè la prova piena dell'acquisto della bonorum possessio e dei suoi presupposti per l'esercizio dell'interdetto è richiesta ancora da Severo e Caracalla nella c. 1 C. I.8, 2 [a. 197]: «interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris». Questo nuovo carattere dell'interdetto è dichiarato già in termini espliciti nella c. 22 C. Th. 11, 36 (Imppp. Valentinian. Valens et Grat. [a. 374]) in cui si esclude il beneficio dell'appello: «in interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis».

b) Nel diritto giustiniano carattere provvisorio acquista altresì l'interdictum Salvianum rispetto all'azione Serviana. È noto che il Pretore per gli invecta et illata accordò da principio a favore del locatore un interdetto il quale era però esperibile solo contro il colono, e poi inoltre un'azione reale esperibile anche contro i terzi²⁾. Il diverso trattamento processuale e i diversi effetti pratici spiegano per il diritto classico la coesistenza dei due mezzi giuridici offerti dal Pretore. Ma questa diversità vien meno nel diritto giustiniano; la differenza processuale è scomparsa con la caduta del processo interdittale classico, e Giustiniano d'altra parte ha somma cura di rendere esperibile l'interdetto anche contro i terzi³⁾. Ma se da questo punto di vista la equiparazione fra i due mezzi giuridici classici è perfetta,

¹⁾ Vedi la GLOSSA, ad h. l.; e con sicuro intuito BARTOLO, ad h. l. n. 10: «in isto interdicto sufficerent probationes non ita clarae, quia semiplene vel praesumptive concluderent. et est ratio: quia cum ista causa sit modici praeiudicii, quia venit retractanda in petitorio merito, admittitur summaria cognitio et semiplena probatio»; sulla questione vedi LEIST, *Die Bonorum possessio*, 1814, II, pag. 184 e segg.; KIPP, *Festgabe zu Bernh. Windscheid*, 1889, pag. 93 e seg.

²⁾ Vedi LENEL, *Edictum*, pag. 470 e segg.; ed ora BERGER, *Interdictum*, in *Pauly-Wissowa Real. Encycl.*, 1668 e segg., ed ivi citati.

³⁾ Vedi la nota precedente.

perchè Giustiniano distingue nettamente l'azione reale dall'interdetto, separa la trattazione delle due materie, ed all'interdetto dedica un titolo speciale delle Pandette (D. 43, 33)? Secondo me ciò è avvenuto per il fatto che Giustiniano attribuisce all'interdetto una funzione diversa. I giuristi del diritto intermedio, che spesso meglio dei moderni riuscivano a cogliere lo spirito del diritto giustiniano, hanno ammesso il principio che « chi, apparentemente, prima facie, è creditore pignoratizio, può secondo le circostanze, ottenere giudizialmente il possesso della pretesa cosa pignorata, malgrado che egli non abbia pienamente provato il suo diritto di pegno » ¹⁾. Non è possibile certo consentire per il diritto romano a questa formulazione generale, ma io ritengo che lo spunto per tale dottrina si abbia in qualche passo della compilazione interpolato dai commissari. Interessante per la presente questione è il fr. 2 D. h. t. (Ulp. LXX ad ed.), un testo finora non adeguatamente apprezzato da questo punto di vista:

In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecata, possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium.

Il significato del passo non è dubbio, per quanto la redazione non sia felice. Nel caso di invecata et illata costituiti in pegno in solidum a favore di due condomini, qualora fra di loro vi sia controversia su ciò, nell'interdetto Salviano vincerà colui che possiede, e quindi la risoluzione della controversia dovrà devolversi all'azione Serviana. Da ciò evidentemente deriva che, mentre nell'interdetto viene in considerazione la semplice questione del possesso, nell'azione Serviana viene in giudizio la questione sulla spettanza del diritto di pegno. Ora questi concetti sono prettamente bizantini ed il testo risulta interpolato ²⁾. Il principio per cui fra condomini vince chi ha il possesso della cosa pignorata, in quanto risponde ad un principio generale sul regolamento giuridico fra più compartecipi allo stesso diritto, nella giurisprudenza classica valeva anche per l'azione Serviana, mentre per i compilatori vale solo per l'interdetto, come risulta dal

¹⁾ DERNEBURG, *Pand.*, § 284, trad. it., I, 2, pag. 472 e segg.; *Pfandrecht*, II, pag. 348 e segg., ed ivi la letteratura anteriore; WINDSCHEID, *Pand.*, § 236, trad. it., I, 2, pag. 381.

²⁾ Cfr. LENEL, *Edictum*, pag. 470 n. 13.

confronto tra il fr. 10 D. 20, 1 (Ulp. LXXIII ad ed.), che anche nel contesto genuino si riferiva alla Serviana¹⁾, ed il fr. 1, 1 D. 43, 33 (Iul. XIL dig.), che nella sua redazione originaria contemplava quest'ultima azione e che fu riferito all'interdetto dai compilatori²⁾:

Fr. 10

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio 'si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset'.

Fr. 1, 1

Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum [*Salviano interdicto*] (actione Serviana Iul.) recte experirentur: inter ipsos vero si reddatur [*hoc interdictum*] (haec actio Iul.) possidentis condicio melior erit.

Pertanto nel diritto giustiniano nell'interdetto viene in giudizio soltanto il fatto del possesso, nell'azione la quaestio de iure³⁾; l'interdetto acquista dunque il carattere di mezzo provvisorio rispetto all'azione che mira al regolamento giuridico definitivo dei rapporti fra le parti.

c) Nelle costituzioni imperiali del basso Impero e di Giustiniano si parla di actio momenti o momentariae possessionis, e momentum senz'altro viene chiamato il possesso⁴⁾. È stato certo un errore dello Jhering⁵⁾ l'avere concepito questa azione come un mezzo giuridico speciale che avrebbe esteso notevolmente la tutela possessoria accordata dalla legge coll'interdictum unde vi; si tratta invece del solito interdictum unde vi che nel diritto postclassico e giustiniano in casi

¹⁾ Vedi LENEL, op. cit., pag. 471, 473 n. 1.

²⁾ Vedi LENEL, locc. citt. EBRARD, *Digestenfragmente ad form. hyp.*, 1917, pag. 69 n. 74.

³⁾ Con felice intuito CUIACIO, *Opera*, VI, pag. 339 scrive: «in interdicto de solida et tota possessione agitur non autem agitur de iure pignoris... at in Serviana actione de iure pignoris agitur quod uterque habet»; e già la GLOSSA, ad l. C. 8, 9 con formulazione generale: «hoc possessorium (sc. int. Salvianum) illud petitorium (sc. iud. Servianum)».

⁴⁾ Per le fonti in proposito vedi BRUNS, *Bestitzklagen*, pag. 88 e seg.

⁵⁾ *Bestitzschutz*, pag. 104 e segg., *Bestitzwille*, pag. 451 e segg.

speciali viene applicato oltre la sfera fissata dai classici¹⁾ e che ora mai si chiama actio per quella assimilazione fra actiones ed interdicta che incomincia col cadere del processo per formulas e si afferma decisamente con Giustiniano²⁾. Orbene nella legislazione postclassica e giustiniana il nostro interdetto acquista carattere provvisorio e sommario rispetto all'azione de proprietate. Questa nuova funzione emerge chiara anzitutto dalla stessa terminologia di momentum adoperata per il possesso e di actio momentaria per l'azione che lo tutela, e dai principî sanciti nelle costituzioni imperiali. Così qualora sia spogliato del possesso l'attuale possessore di cosa dell'assente, la legge prescrive che il giudice dovrà ordinare senz'altro la restituzione a colui al quale il possesso sia stato tolto, anche quando questi non sia in alcun modo rappresentante dell'assente o non abbia capacità di stare in giudizio, come lo schiavo; c. 1 pr.C. I. 8, 5 = in parte c. 1 C. Th. 4, 22 (Imp. Constantin. [a. 326]: « ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione³⁾ restituant »; c. 4 C. Th. eod. (Imp. Arc. et Hon. [a. 396]: « iudicem... celeri redhibitione consulere nec iudicium dilatione suspendi »; l'indagine del giudice è limitata al semplice fatto della deiectio: « ut... id solum diligenter inquirant, utrum eius qui quolibet pacto peregrinatur possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat » (c. 1 C. Th. cit.), senza sfiorare affatto la questione de iure: « ut inlibatis atque omnibus integris causae principalis internis » (c. 1 C. Th. cit.). Come pure nel caso di collusio tutoris il giudice ordinerà immediatamente la restituzione della cosa sottratta: « sed ilico quidem possessio... reddatur » (c. 2 C. Th. 4, 22 = c. 6 C. I. 8, 4; Imppp. Grat. Valentin. et Theod. [a. 381]). E con manifesta antitesi alla sommarietà del procedimento per il possesso Costantino parla di « patefacta veritate », di « fidelis inspectio » (c. 1 C. Th. 2, 26 [a. 330] in ordine al giudizio de proprietate.

d) L'interdictum utrubi acquista carattere provvisorio rispetto all'azione principale, come si rileva dalla c. un. C. Th. 4, 23 = c. 14 C.

¹⁾ Vedi specialmente BRUNS, op. cit., pag. 84 e segg.; FERRINI, *Pandette*, pag. 314 e segg.; CORNIL, *Traité de la possession*, 1905, pag. 429 e segg.

²⁾ Vedi ALBERTARIO, *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, 1912 (estr. *Riv. it. per le scienze giur.*, LI), specialmente pag. 42 e segg.

³⁾ « Sine ulla cunctatione » manca nella costituzione genuina contenuta nel Teodosiano.

I. 11, 48 (Impp. Arc. et Hon. [a. 400]) in cui si sancisce che nel caso di coloni fuggitivi « bonae fidei possessori prima oportet et celeri reformatione succurri tunc causam originis et proprietatis agitari ».

e) Nella compilazione giustiniana troviamo che gli interdetti si classificano secondo che proprietatis o possessionis causam continent. La distinzione è formulata in termini generali nel fr. 2, 2 D. 43, 1 (Paul. LXIII ad ed.):

Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actusque privato: nam proprietatis causam continet hoc interdictum. sed et illa interdicta, quae de locis sacris et religiosis proponuntur veluti proprietatis causam continent, item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habent.

È una classificazione ¹⁾ che manca del tutto nella minuta trattazione sia di Gaio (IV, 142-161) che delle Istituzioni giustiniane (IV, 15 §§ 1-7) e risulta manifestamente estranea al commento di Paolo per il fatto che il § 3: « haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant... » deve ricollegarsi immediatamente al § 1 che finisce appunto col dichiarare che « reliqua interdicta rei familiaris causa dantur », nè la presente distinzione può considerarsi come una sotto-classificazione nel seno della categoria degli interdetti rei familiaris, perchè essa riguarda gli interdetti de locis sacris et religiosis e de liberis exhibendis che secondo il § 1 nulla hanno a che fare con la res familiaris.

Ciò posto cerchiamo, attraverso gli esempi riportati, di comprendere il significato della classificazione che qui, anzichè spiegata, è semplicemente enunciata. Gli interdetti elencati nella categoria di quelli che proprietatis o veluti proprietatis causam continent hanno

¹⁾ Di essa dubitò prima KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, pag. 1014, e poi il PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 75, affermando tout court che « le due ultime distinzioni (cioè quae proprietatis causam continent e quae possessionis causam continent da una parte e quae rei persecutionem continent e poenalia dall'altra) a mio avviso non sono classiche »; ed ora con rinnovata indagine il BERGER, *Zett. Sav. Stift.*, XXXVI, pag. 183 e segg., il quale però non è riuscito a percepire il valore positivo della classificazione nel diritto giustiniano.

questo di caratteristico e di comune fra di loro che in tutti l'attore deve fornire la prova del diritto che con l'interdetto intende far valere; così nei due interdetti de locis sacris et religiosis, cioè de mortuo inferendo e de sepulchro aedificando, viene in giudizio la questione circa lo ius mortui inferendi ¹⁾ o sepulchri aedificandi ²⁾; l'interdetto de liberis exhibendis involve la questione de statu ³⁾; l'interdetto de itinere actusque privato prescinde dalla esistenza effettiva della servitù ⁴⁾, ma, come ammettono concordemente gli editori delle Pandette, nel nostro testo dopo *privato* bisogna aggiungere *reficiendo* ⁵⁾, diguisachè si tratterebbe dell'interdetto de itinere actusque privato reficiendo in cui l'attore deve provare il suo ius reficiendi ⁶⁾. Dell'altra categoria di interdetti il testo non fornisce alcun esempio; ma se nella categoria degli interdetti quae proprietatis o veluti proprietatis causam continent sono compresi quelli in cui viene in giudizio la questione de iure, è facile argomentare a contrario che nella categoria degli interdetti che possessionis causam continent debbono ricomprendersi gli altri in cui viene in considerazione il semplice fatto ⁷⁾. Infatti proprietas in contrapposto a possessio ha qui lo stesso valore di ius in antitesi a factum, cioè di rapporto giuridico in contrapposto a semplice rapporto di fatto ⁸⁾. Ma un'azione in cui l'attore deduce in giudizio un proprio diritto garentito dalla legge ha sempre carattere definitivo ed autonomo in quanto riconosce una pretesa giuridica per sè stante garen-

¹⁾ Vedi il testo dell'editto: « quo quave illi mortuum inferre invito te ius est... » (fr. 1 pr. D. 11, 8); fr. 43 D. 11, 7 (Pap. VIII quaest.): « interdicto, qui de iure domini quaeritur ».

²⁾ L'editto diceva: « quo illi ius est invito te mortuum inferre » (fr. 1, 5 D. 11, 8).

³⁾ L'editto diceva: « qui quave in potestate Lucii Titii est » (fr. 1 pr. D. 13, 30); vedi fr. 1, 4 D. eod. (Ulp. LXXI ad ed.).

⁴⁾ Vedi fr. 1 § 2; fr. 3 §§ 13, 14 D. 43, 19 (Ulp. LXX ad ed.).

⁵⁾ Vedi le citazioni in BEROER, op. cit., pag. 184 n. 5; aggiungi SCHMIDT, op. cit., pag. 85; UBBELOHDE, op. cit., pag. 77.

⁶⁾ L'editto dice: « ... quominus id iter actusque, ut tibi ius esset, reficias » (fr. 3, 11 D. 43, 19); vedi fr. 3 §§ 13, 14 D. eod. (Ulp. LXX ad ed.).

⁷⁾ In questo modo, salvo divergenze secondarie, è intesa la distinzione generalmente dagli scrittori: sulla letteratura vedi BEROER, op. cit., pag. 192 e segg.

⁸⁾ Nel senso di contrapposto fra ius e factum Giustiniano intende la distinzione fra stipulatio e pactum; fr. 27, 2 D. 2, 14: « quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur »; vedi VASSALLI, *Miscellanea critica*, 11, (estr. *Annali della facoltà di giur. dell'Un. di Perugia*, 1914), pag. 21 e seg.

tita come tale dalla legge. Invece l'azione relativa alla semplice quaestio facti prescinde dal regolamento dei rapporti giuridici fra le parti che potrà esser fatto in separata sede; ad ogni azione che ha carattere possessorio nel senso anzidetto corrisponde sempre una azione con cui si regolano definitivamente i rapporti giuridici fra le parti.

Pertanto la classificazione giustinianea fra interdetti quae proprietatis causam continent ed interdetti quae possessionis causam continent si riconduce alla distinzione fra mezzi giuridici definitivi e provvisori, e riassume in una formula generale quel carattere provvisorio di taluni interdetti di fronte alle rispettive azioni principali che abbiamo visto affermarsi nel nuovo diritto.

È dunque una nuova concezione processuale che, come sempre ancora confusa, si affaccia nel nuovo diritto. Per i classici ogni interdetto, in quanto importa riconoscimento di nuovi rapporti, ha sempre un contenuto autonomo ed il suo esercizio esaurisce in modo completo ed indipendente l'oggetto che gli è proprio; così interdetti possessori ed azione de proprietate non mirano al regolamento del medesimo rapporto, in via provvisoria i primi in modo definitivo la seconda, si tratta piuttosto di un regolamento autonomo di rapporti diversi. Nel diritto giustiniano invece in cui il sistema dei rapporti giuridici tende a subentrare al sistema classico delle azioni, la tutela giudiziaria è rivolta essenzialmente alla affermazione e reintegrazione del diritto controverso o violato; ma in alcuni casi la legge, oltre all'azione mirante al definitivo e formale regolamento giuridico del rapporto, accorda un mezzo processuale, l'*interdictum*, che ha funzione provvisoria e carattere sommario in quanto si fonda sull'elemento esteriore di fatto insito in ogni diritto, e, prescindendo dalla prova formale e perentoria del diritto stesso, permette alla parte una realizzazione immediata, ma di fatto, della sua pretesa senza pertanto pregiudicare in alcun modo l'ulteriore e definitivo regolamento giuridico del rapporto in questione ¹⁾.

¹ Questa nuova funzione dell'interdetto in confronto dell'azione, che si affaccia nel basso Impero e si afferma nel diritto giustiniano, è ben chiara già nella Interpretatio Visigota; vedi ad Paul. V, 6, 1: « Interdicta dicuntur quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est, a iudice momentum priori reddere possessori... et postmodum, si volueri, tam de vi, quam de eri proprie-

6. — Concludendo.

Per il periodo delle *legis actiones* e del processo classico, tanto per la fase in iure che in iudicio, sia per l'ordo iudiciorum che per la *cognitio extra ordinem*, i risultati sono completamente negativi: nessun complesso o singole norme che costituiscano eccezioni al processo normale e che siano dettate allo scopo di rendere più rapido e più semplice il processo nei casi previsti.

I primi cenni di un processo sommario come istituto giuridico si hanno soltanto in epoca posteriore a Diocleziano; ma invano nel diritto teodosiano cercheremmo un complesso organico di principi o per lo meno singole norme che si applichino costantemente tutte in determinate materie; la legislazione imperiale a questo riguardo, più che altrove, è frammentaria: si tratta di singole eccezioni al procedimento ordinario che gli imperatori vanno mano mano introducendo, che, appunto per questo loro carattere, devono limitarsi alle ipotesi previste, e non consentono alcuna ricostruzione organica; si può constatare infatti che i principi tipici del processo sommario, inteso come semplificazione ed abbreviazione del procedimento normale (omissione della *litis denunciatio*, inosservanza dei termini, sommarietà della prova, divieto dell'appello) non sono applicabili tutti costantemente alla stessa materia; così per l'*actio doli*, per le cause inferiori ai 100 solidi, per i contratti della Chiesa non occorre la solennità della *litis denunciatio*¹⁾, ma non risulta in alcun modo che sia consentita una prova sommaria o vietato l'appello, e dato il carattere eccezionale delle norme che attribuiscono efficacia alla prova sommaria o vietano l'appello non possiamo estenderle alle ipotesi non previste espressamente; come pure per le cause fiscali si rimette l'osservanza dei termini processuali e si vieta anche l'appello²⁾, almeno fino all'imperatore Costanzo, ma la sufficienza di una prova sommaria non è ugualmente consentita; e nella stessa materia degli interdetti, che a prima vista sembrerebbero avere a questo riguardo regolamento uniforme, se è esclusa in tutti la solennità della *litis denunciatio*³⁾, la sommarietà della

tate *confligat* »; a cui attinge verosimilmente (cfr. SAVIGNY, *Besitz*, cit. pag. 391 n. 3) Isidoro V, 25, 33: « *Interdictum est quod a iudice non in perpetuum sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur salva propositione actionis eius* ».

¹⁾ Vedi sopra pag. 223 e seg.

²⁾ Vedi sopra pag. 224, 226 e seg.

³⁾ Vedi sopra pag. 223.

prova e la esclusione dell'appello sono riconosciuti soltanto in taluni di essi¹⁾. Pertanto per diritto teodosiano non è possibile parlare di processo sommario, ma di singole eccezioni al processo normale, che di comune hanno soltanto lo scopo di abbreviare semplificare od anche sopprimere singoli atti o momenti del processo.

A conclusioni in parte non diverse si perviene per la legislazione giustiniana considerata ora non come legislazione propria di Giustiniano ma come diritto che scaturisce da tutta la compilazione. Le cause minori di 50 solidi si esercitano *sine scripto*²⁾, ma non è detto che in esse sia sufficiente una prova sommaria o sia vietato l'appello; nell'azione *ad exhibendum*, nell'azione per gli alimenti troviamo una sommaria *cognitio*³⁾, ma non risulta esclusa né la solennità scritta del processo né l'appello. Caratteri precisi e costanti ha però nel diritto giustiniano l'istituto della prova sommaria. *Summatim cognoscere* vuol dire *facoltà* concessa al giudice di procedere, ai fini della decisione, ad una indagine superficiale, limitata a ciò che appare *prima facie*, diretta alla ricerca del semplice *verosimile*⁴⁾, e nei casi in cui è ammessa espressamente dal legislatore importa una prova non assoluta ma *semipiena*, in antitesi alla prova piena e legale prescritta in tutti gli altri casi⁵⁾. Pertanto la decisione del giudice, sia essa sen-

¹⁾ Vedi sopra pag. 10 e segg.

²⁾ Vedi sopra pag. 13 e segg.

³⁾ Vedi sopra pag. 14 e segg., 25 e segg.

⁴⁾ Cfr. SAVIGNY, op. cit., pag. 243 e segg.; WETZEL, op. cit., pag. 274 e segg.

⁵⁾ Che la *summatoria cognitio* nel campo probatorio importi una prova non piena è opinione tradizionale; contro si manifesta BRIEGLER, op. cit., pag. 171 e segg., 375 e segg., 393 e segg., 404 e segg., il quale conclude che la caratteristica della *summatoria cognitio* starebbe nella limitazione obbiettiva dell'indagine del giudice a ciò che appare *prima facie*, alla *summa causae*, ai *summa rei capita*, cioè a quello che costituisce il presupposto più prossimo ed essenziale della pretesa dell'attore; dignisachè la *summatoria cognitio* diverge dalla *cognitio ordinaria* non nella qualità della prova, *semipiena* nella prima, piena nella seconda, ma nei limiti, non discendenti dall'*arbitrio* del giudice ma obbiettivamente posti dalla legge, circa la materia della prova ed entro questi limiti sarebbe sempre necessaria la prova piena secondo le norme generali di legge. Questa concezione sarebbe esatta se le fonti romane delimitassero positivamente quale sia la *prima facies*, i *summa capita* di ogni singola azione in cui è ammessa la *summatoria cognitio*; ma dal momento che le nostre fonti sono ben lungi dal fissare in questi casi la materia dell'indagine del giudice, ma parlano invece di *summatoria cognitio* nel senso, ammesso dallo stesso BRIEGLER, op. cit., pag. 171, 173, di indagine superficiale e non approfondita, lasciando per effetto di questa indeterminatezza libero il giudice di decidere la misura e la sufficienza di tale indagine, è chiaro che la *summatoria cognitio* importa sempre prova non piena, in contrapposto alla prova assoluta del processo ordinario.

tenza che provvedimento di altra natura, ha sempre efficacia non assoluta e non definitiva, nel senso che la legge ammette che la parte soccombente nella prova sommaria possa in altra sede far valere il proprio diritto fornendone la prova piena. Nel nuovo diritto appunto, come conseguenza della introduzione di una *summaria cognitio* in tema di prove, sorge il concetto di mezzo giuridico provvisorio, avente per base la prova sommaria, in antitesi all'azione definitiva in cui, attraverso alla prova piena e legale, si arriva al regolamento giuridico dei rapporti fra le parti in modo definitivo e irrevocabile.

Catania, novembre 1919.

BIONDO BIONDI.

INDICE DEL VOLUME XXX

BONFANTE S. — (Commemorazione di G. Rotondi) . . .	Pag. v
ROTONDI G. — Possessio quae animo retinetur	1
DE FRANCISCI P. — Intorno alla c. 6 C. 5, 70, ecc.	154
ANARGIO RUIZ V.. — Sul « liber singularis regularum »	178
BIONDO BIONDI. — Summatim cognoscere	220

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

STUDI
IN MEMORIA DI GIOVANNI ROTONDI

ANNO XXXI

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

1921

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XXXI - Fasc. I-VI

SOMMARIO

ALBERTARIO E. — Iustum pretium e iusta aestimatio	Pag. 1
COSTA E. — Il conato criminoso nel diritto romano	20
RICCOBONO S. — La forma della stipulatio. A proposito del fr. 35 § 2 D. 45, 1	29
LONGO C. — Sulla « in diem addictio » e sulla « lex commissoria » nella ven- dita	40
SOLAZZI S. — L'origine storica della rescissione per lesione enorme	51
PEROZZI S. — Parentela e gruppo parentale	88
VASSALLI F. — Osservazioni sopra il contratto di vendita di un cavallo contenuto in un papiro egizio	144

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del *Bullettino* rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma: Piazza Grazioli, 5, Roma.

 Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quote dei soci e gli abbonamenti rivolgersi all'*Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano*, PRESSO LA FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.

Abbonamento annuo **Lire 15**. Per le annate arretrate e collezioni complete prezzi e condizioni di pagamento da convenirsi.

In osservanza delle disposizioni dell'art. 7 del Decreto luogotenenziale 12 aprile 1917, n. 597, il numero delle pagine di questo periodico, a cominciare dal presente fascicolo viene ridotto di un quarto.

Teniamo però ad assicurare i nostri abbonati che non appena nuove disposizioni governative lo permetteranno, non solo il numero delle pagine verrà riportato al normale, ma verranno gradatamente compensate, in quanto sarà possibile, quelle date in meno in questo eccezionale periodo di tempo.

L'AMMINISTRAZIONE.

Gli editori e gli autori, che desiderano annunci o cenni bibliografici delle opere pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (presso la **FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA**).

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

STUDI
IN MEMORIA DI GIOVANNI ROTONDI

ANNO XXXI

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

1921

IUSTUM PRETIUM E IUSTA AESTIMATIO

1. — Ho davanti a me le fonti, nelle quali si parla di *iustum pretium* e di *iusta aestimatio*. Non sono molte. Dopo averle considerate, son giunto alla conclusione che il concetto del *iustum pretium* e la terminologia *iustum pretium*, *iusta aestimatio* non appartengano ai giuristi romani.

A ritener buona questa conclusione potrebbe indurre la considerazione che per i giuristi *iustus* è l'appellativo che riceve il rapporto o l'atto conforme al *ius*. Se non che questa nozione, acutamente intraveduta, più che per l'innanzi, dalla recente dottrina romanistica — (Ferrini ¹⁾, Bonfante ²⁾, Perozzi ³⁾, Mitteis ⁴⁾ — ha bisogno d'esser dimostrata; e l'opera di un giovane studioso, il dottor Donatuti, che potrà — io spero — darci questa dimostrazione, non è ancor condotta a termine. D'altra parte qualcuno, come ad esempio il Perozzi ⁵⁾, pur ammettendo che *iustus* significhi per i giuristi ciò che è conforme al diritto positivo, non esita a riconoscere che fosse dagli stessi giuristi adoperato in senso *non tecnico-giuridico*, precisamente quando essi parlano di *emptor iusti pretii*. Per dimostrare, pertanto, che le espressioni *iustum pretium* e *iusta aestimatio* sono adoperate soltanto nella tarda epoca, dopo il tramonto della giurisprudenza romano-classica, e predilette dai compilatori giustinianeî, occorre ricavare argomenti specifici dalla analisi esegetica dei singoli testi. La quale ora intraprendo, sperando che riuscirà — nonostante la sua molta brevità — convincente.

¹⁾ *Pandette*, 7.

²⁾ *Istituzioni*⁶, 6.

³⁾ *Istituzioni*, I, 80.

⁴⁾ *Römisches Privatrecht*, I, 37.

⁵⁾ *loc. cit.*, 81.

2. — Chi mi legge sarà subito colpito vivamente da alcuni confronti.

Gaio (II. 265) avverte: *Itaque alienus servus redimi et manumitti debet: quodsi dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissa libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.*

Un passo dei Frammenti attribuiti a Ulpiano (II. 11) ripete: *Alieno servo per fideicommissum data libertate, si dominus eum iusto pretio non vendat, extinguitur libertas, quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest.*

Il passo non fa che pedissequamente ripetere il paragrafo di Gaio; una sola frase contiene, che in Gaio manca: *iusto pretio!*

Gai. Inst.

Ulp. Fragn.

quod si dominus eum non vendat....

si dominus eum *iusto pretio* non vendat....

Chi resterà persuaso della tesi, con la quale l'Arangio-Ruiz intende dimostrare che i Frammenti attribuiti a Ulpiano non sono che una tarda epitome gaiana, attribuirà senz'altro le parole *iusto pretio* all'epitomatore postclassico. Ma anche chi seguisse l'opinione tradizionale, non dovrebbe durar fatica, dato che un passo è la *pedissequa ripetizione* dell'altro, ad ammettere che le intruse parole *iusto pretio* derivino da una glossa: tanto più che già il Mommsen ha affermato che quei Frammenti non ci presentano l'opera genuina, ma un tardo sunt.

Un altro confronto è non meno significativo. Gaio (II. 262) insegna: *Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem eius solvere*, sicut iuris est et si per damnationem aliena res legata sit: sunt tamen, qui putant, *si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat*, extinguí fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.

Un fr. dello stesso Gaio, riferitoci nel Digesto (32, 14. 2-1º fid.), invece, rileva: *Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat [vel immodico pretio vendat iustam] aestimationem infert.*

Non è chi non veda che questo secondo testo gaiano, sulla guida del testo delle Istituzioni, deve essere ricostruito così: *Sed si cui*

(per damnationem) legatum est, ut alienam rem redimat et praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat, aestimationem infert.

Gaio faceva una sola ipotesi: che il dominus *non vendesse*: e allora si doveva *aestimationem solvere*. I compilatori fanno due ipotesi: che il dominus non venda o *venda a troppo caro prezzo*: non vogliono aggravare la posizione del legatario che, in caso di pretese eccessive del dominus, potrà liberarsi prestando una *aestimatio iusta*.

Analogamente interpolato è un testo di Paolo riferito in D. 40. 5. 31 (3° fid.). Dopo aver premesso che alieno servo dari potest per fideicommissum libertas, nel § 4 è avvertito: Si is cuius servus est nolit eum vendere, ut manumitteretur, nullae praetoris partes sunt: [idem est et si pluris iusto vendere velit. sin autem certo quidem pretio, quod non prima facie videtur esse iniquum, dominus servum vendere paratus est, is vero, qui rogatus est manumittere, immodicum id esse nititur, praetoris partes erunt interponendae, ut iusto pretio volenti domino dato libertas ab emptore praestetur.]

Questo testo, a cominciare da *sin autem*, è stato già ritenuto interpolato da me¹⁾. Ora ritengo che anche il precedente inciso *idem est - velit* sia interpolato. Il confronto con Gaio (II. 265) offre un argomento sostanziale per affermare l'interpolazione, più efficace di qualsiasi considerazione formale: tuttavia non si trascuri l'*idem est*, altre volte forma di passaggio compilatoria; il *sin autem*, sul quale anticamente il Fabro e recentemente io abbiamo richiamato l'attenzione; l'enfatico e singolare uso di *nititur*; l'uso di *immodicus* che, alla pari di *modicus*, è particolarmente prediletto dalla tarda epoca²⁾; l'espressione *prima facie* altre volte interpolata (D. 34. 1. 10. pr.)³⁾.

Vi ha poi un confronto più decisivo di tutti, perchè si tratta di una c. diocleziana riferitaci contemporaneamente nei Frammenti vaticani e nel Codice giustiniano: della c. riferitaci nei Framm. vat. solo alcune poche parole sono leggibili, ma per avventura proprio quelle sufficienti a mettere in evidenza l'interpolazione:

¹⁾ *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia (1911), 40.

²⁾ Rinvio per questo a un mio studio in preparazione, avente per titolo *Criteri di quantità assunti come base di concessioni e riforme bizantine*.

³⁾ BESELER, *Beiträge*, II, 79.

Fr. vat. 22

C. 4. 46. 2

..... cessationem	Si deserta praedia ob cessationem
collation	collationum vel reliqua tributorum
.....	ex permissu praesidis ab his, qui-
.....	bus periculum exactionis tributo-
..... cera fide	rum imminet, distracta sincera fide
comparasti, ea ven	[iusto pretio solemniter] comparasti,
.....	venditio ob solennes praestationes
..... facta convelli non ...	necessitate facta convelli non de-
...	bet.

Come emerge dal confronto, i compilatori tra *sincera fide* e *comparasti* hanno intercalato *iusto pretio solemniter*.

3. — Una constatazione non trascurabile è che il *iustum pretium* e la *iusta aestimatio* spuntano in costituzioni dell'epoca romano-ellenica e giustinianea. *Iuste aestimare* è in una c. costantiniana dell'a. 326 (C. Th. 14. 4. 2); *possessiones publicas iustis aestimationibus locare* è in una c. dell'a. 362 (C. Th. 10. 3. 1); *iustis pretiis aestimatio* è in una c. di Leone dell'a. 472 (C. 5. 9. 6. 5); *distrahere iustis pretiis* è in una c. giustinianea (C. 5. 37. 28. 5); *frumenta iustis aestimationibus colligere* è in altra c. giustinianea (C. 10. 26. 1. 2); *δικαίας καὶ ἀκριβοῦς διατιμῆσεως γινόμενης* è in una Novella (120. 6. 2).

Altra non trascurabile constatazione è che l'origine compilatoria del *iustum pretium* in alcune fonti nostre è stata già avvertita. Particolarmente interessanti sono i due testi, in cui i Giustinianei stabiliscono la cosiddetta lesione enorme nella compravendita.

C. 4. 44. 2 (Diocl. et Max. Aur. Lupo, a. 285). Rem maioris pretii si [tu vel] pater tuus minoris pretii distraxit, [humanum est, ut vel pretio te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.]

C. 4. 44. 8 (Id. Aur. Evodiae, a. 293)... [nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.]

Le parti di questi due testi, contenenti la menzione del *iustum pretium*, sono state da lungo tempo riconosciute interpolate (Thoma-

sius: recentemente Gradenwitz¹⁾, e l'origine giustinianea della lesione enorme è una opinione così radicata nella scienza romanistica²⁾, che certo la recente opposizione del Landucci non vale a smuoverla³⁾.

Anche nelle Pandette vi sono alcuni testi, nei quali l'interpolazione segnalata occasionalmente da diversi studiosi riguarda per l'appunto incisi contenenti la menzione del *iustum pretium*. Mi è agevole elencarli.

D. 20. 1. 16. 9 (Marc. 1. sing. ad f. hyp.) Potest ita fieri pignoris datio [hypothecaeve], ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem [*iusto pretio tunc aestimandam*]: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

È un fr. che è stato più volte, soprattutto in tempo recente, meditato: ad es., dal Beseler⁴⁾, dal Fehr⁵⁾, dall'Ebrard⁶⁾. Molto poco nel testo vi ha di genuino. Vi ha chi elimina più e chi elimina meno; ad ogni modo un punto è pacifico: la origine non classica dell'inciso *iusto pretio tunc aestimandam*, già affermata dal Fabro⁷⁾, riaffermata recentemente dal Lenel⁸⁾ e da P. Krüger⁹⁾.

D. 11. 7. 12. pr. (Ulp. 25 ad ed.) Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo qui fundum adiunctum habeat: [non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut index etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.]

¹⁾ Bull., II (1889), 14.

²⁾ Cfr., per tutti, BONFANTE, *Ist.*^o, 472, 1; C. LONGO, Lezioni 1919-20, La compravendita, 173 sgg.

³⁾ Atti del R. Ist. Ven., LXXV (1916), 1189-1255.

⁴⁾ Beiträge, II, 58.

⁵⁾ Römisches Pfandrecht.

⁶⁾ Die Digestenfragmente ad form. hyp. und die Hypothecarezeption, Leipzig (1917), 92, n. 23.

⁷⁾ Cfr. DE MEDIO, Bull., 13 (1900), 229. Cfr. anche WISSENBACH, Embl. Trib., 353.

⁸⁾ Paling. iur. civ.

⁹⁾ Corpus iur. civ. I¹³.

L' interpolazione di questo testo da *ita tamen* in poi è stata già avvertita dal Fabro¹⁾. Spicca in quest'ultima parte del testo quel riguardo al fondo del vicino (*iudex prospiciat ne vicinus magnum patiatur detrimentum*) che è proprio dei compilatori giustinianeî. *Minore servientis fundi detrimento*: essi soggiungono in D. 8. 1. 9 (Albertario)²⁾. L' interpolazione è però più ampia e, sostanzialmente, fu veduta bene dal Bonfante³⁾, che la fa cominciare dalle parole *sed extra ordinem*. Dico sostanzialmente perchè, secondo ogni verosimiglianza, tutto il periodo a cominciare da *non tamen*, non è genuino. L' interpolazione stabilisce un principio contrastante col regime della proprietà romana: la *servitù di passaggio coatto* per accedere al sepolcro intercluso: principio tanto nuovo e eccezionale (Lusignani⁴⁾, Bonfante⁵⁾, Pacchioni⁶⁾), che non può esser suscettibile di generalizzazione neanche nel sistema della legislazione giustiniana; che fu invece — come molti altri principii dell' epoca giustiniana — sviluppato dalla dottrina medioevale.

4. — Quei significativi confronti da me stabiliti al principio di questo scritto; questa significativa constatazione del ricorrere del *iustum pretium* in costituzioni dell' epoca romano-ellenica e giustiniana o in testi ritenuti interpolati da varî studiosi in occasione di altre indipendenti ricerche, possono — se non erro — cooperare a far considerare con molta diffidenza gli altri testi, del resto non molto numerosi, in cui la terminologia *iustum pretium* o *iusta aestimatio* ricorre. Ma io spero che il lettore rafforzerà via via il suo sospetto seguendo la breve, ma non inutile, critica che di essi io andrò facendo.

Vi ha un gruppo di testi nei quali, per vero, il dimostrare la interpolazione è difficile: ma la difficoltà nasce per l'appunto dal fatto che, tolto l' accenno al *iustum pretium*, il testo corre benissimo. Come può esser accaduto, ciò? Vi ha una molto agevole spiegazione. Nell' ambiente greco-orientale, dove fu elaborato il concetto del *iustum*

¹⁾ Cfr. DE MEDIO, *Bull.* 13 (1900), 224. — Il testo, per quanto non ritenuto alterato, è stato studiato da WLASSAK, *Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, 129.

²⁾ *Possessio civilis e possessio naturalis* in Filangieri (1912), 28 (estr.).

³⁾ Corso di dir. rom., *La proprietà* (1909), 111.

⁴⁾ *Le limitazioni della proprietà in diritto romano*, in Filangieri, XXIII (1898), 578.

⁵⁾ *loc. cit.*

⁶⁾ *Corso* ², II (1920), 315.

pretium, della *iusta aestimatio*, i commentatori o i compilatori dovevano esser portati qua e là a richiamarlo quando l'occasione si presentava. Pomponio, ad es., non accordava in un certo caso la Publiciana motivando: ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem *comparare*. E la motivazione pomponiana si comprende benissimo. Ai compilatori ciò non sembra bastare ed ecco che la lor mano intercala: *iusto pretio* (comparare). Paolo diceva esser compito del giudice nel iud. communi dividundo rem *aestimare*. I compilatori si affrettano a soggiungere: *iusto pretio*, quasi che nell'*aestimare* classico già non fosse sottinteso che la stima dovesse corrispondere al valor della cosa. Ulpiano avvertiva che l'erede, durante lo spatium deliberandi, può vendere, adito praetore, le cose ereditarie deteriorabili. I compilatori anche qui soggiungono: *iustis pretiis*, in una forma — per altro — che ha tutto l'aspetto di una appiccicatura. Lo stesso Ulpiano parlava di *aestimare partes servorum*, quibus per fideicommissum libertas data est. I compilatori son trascinati a intercalare: *iusto pretio* (aestimare), scolorando e attenuando anche qui il significato pregno dell'*aestimare* classico.

Riferisco, ora, questi testi, in cui la interpolazione si riduce alla intercalazione del *iustum pretium* o della *iusta aestimatio*. Vedrà il lettore, considerandoli accostati l'uno all'altro, come quella intercalazione non sia che una *tarda aggiunta esplicativa*, proprio evidente. Si convincerà che in essi è ripetuta la stessa tarda aggiunta, che l'epitomatore postclassico fa penetrare in Ulp. Fragm. II. 11, come emerge dal confronto con Gai. Inst. II. 265; che i compilatori fanno penetrare in C. 4. 46. 2, come emerge dal decisivo confronto col Fr. vat. 22, e in D. 20. 1. 16. 9, come dal tempo del Fabro è pacificamente ammesso.

D. 6. 1. 70 Pomp. 29 ad Sab. Nec [quasi]¹⁾ Publicianam quidem actionem ei dandan placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem [*iusto pretio*] *comparare*.

D. 10. 3. 10. 2 Paul. 23 ad ed. in communi dividundo iudicio [*iusto pretio*] rem *aestimare* debebit index et de evictione quoque cavendum erit.

D. 28. 8. 5. 1. Ulp. 70 ad ed. Si maior sit hereditas et deliberat heres et res sunt in hereditate, quae ex tractu temporis deteriores fiunt,

¹⁾ Cfr. Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, in *Bull.* (1913), 254.

adito praetore potest is qui deliberat sine praeiudicio eas [*iustis pretiis*] vendere.

D. 40. 5. 30. 6 Ulp. 5 fid... sed et divus Pius Cassio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est, [*iusto pretio*] aestimentur atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur.

D. 49. 14. 3. 5 Call. 3 de iure fisci Divi Fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam et [*iusta*] pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui.

D. 31. 54 Ter. Clem. 13 ad l. I. et P. Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum heredi vel cuilibet alii dederit, uberrimum (?) videtur esse legatum: nam alias interest legatarii fundum potius habere quam centum: saepe enim confines fundos etiam supra [*iustam*] aestimationem interest nostra adquirere.

C. 8. 40. 18 (a. 244) Si, ut proponis, fundum ob debitum obligatum [*non iusto pretio*]¹⁾ vendidisti, residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem servare potuisses, refundi tibi a fideiussore non iure poscis²⁾.

5. — Consideriamo ora gli altri testi, che non presentano soltanto - come tarda aggiunta esplicativa - la menzione del *iustum pretium* o della *iusta aestimatio*, ma che furono più ampiamente alterati. E innanzitutto:

D. 1. 12. 1. 11 Ulp. l. sing. de off. praef. u. Cura carnis omnis ut *iusto pretio* praebeatur ad curam praefecturae pertinet, et ideo et forum suarium sub ipsius cura est.

Può vedere ognuno che qui abbiamo un testo mal messo insieme e che - così com'è - non può venirci dal giurista. Il testo genuino verosimilmente diceva:

(Praebitio) carnis omnis ad curam praefecturae pertinet et ideo et forum suarium sub ipsius cura est.

¹⁾ Evidentemente, come emerge dal seguito, il testo genuino doveva dire: *minoris*.

²⁾ Come i compilatori intercalano qua e là nei testi classici la menzione del *iustum pretium*, così i Bizantini la intercalano a volte nelle versioni greche di quei testi romani, che non sono stati modificati dai compilatori. Vedasi, per esempio, nei *Basilici* la versione di C. 5. 74. 1. La costituzione ha *superfluum pretii*: questa frase diventa per i Bizantini τὸ ἐλλείπον τῷ δικαίῳ τιμῆματι!

I compilatori intercalarono l'avvertimento che la praebitio deve avvenire *iusto pretio* scrivendo: *cura carnis omnis ut iusto pretio praebetur ad curam praefecturae pertinet...* e mettendo insieme, così, un testo infelice.

Passiamo ora a D. 24. 1. 36 Paul. 36 ad ed. Si donatae res extant, etiam vindicari poterunt: [sed quia causam possidendi donatio praestitit, nisi reddatur res, aestimatio facienda est iusto pretio caverique possidenti debet de evictione simpli, quanti ea res sit:] idque etiam Pedio videtur.

Vi ha qui un passaggio dal plurale al singolare che – come non poche altre volte ho rilevato ¹⁾ – è facile indizio di un testo che risulta composto da due diverse mani. Prima: si donatae res *extant*, etiam vindicari *poterunt*. Poi, improvvisamente: nisi *reddatur* res, quanti ea res *sit*. Vi ha, inoltre, un sostanziale indizio di alterazione del testo. Si tratta di donazioni tra coniugi, vietate dal *ius civile*: orbene, come si può dire in questo caso che la donazione *praestitit causam possidendi*? il possesso del coniuge donatario è tutelato soltanto dagli interdetti: *iure civili* non esiste, non può avere la sua *causa* nella donazione ed essere perciò *possessio civilis*.

Rivolgiamo la nostra attenzione a D. 38. 5. 1. 12-13 Ulp. 44 ad ed. Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit [vel locaverit vel permutaverit quale sit arbitrium iudicis videamus. et in re quidem distracta deferri condicio debet emptori, utrum malit rem emptam habere iusto pretio an vero a re discedere pretio recepto: neque omnimodo rescindere debemus venditionem, quasi libertus ius vendendi non habuerit, nec fraudemus pretio emptorem, maxime cum de dolo eius non disputetur, sed de dolo liberti]. Sed si emerit in fraudem patroni libertus aequè dicendum, [si magno emit, in pretio relevandum patronum, condicione non ipsi delata, an velit ab emptione discedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere an potius rem quam vendidit persoluto pretio.] et in permutatione et in locatione et conductione similiter idem observabimus.

Io ritengo che il testo ulpiano originariamente avvertisse soltanto:

¹⁾ V. da ultimo ALBERTARIO, *Due osserv. sul fragm. de form. sub.*, in *Annali Perugia* (1920), 40.

Si quis in fraudem patroni rem vendiderit, *(rescinditur venditio)*. Sed et si emerit in fraudem patroni libertus, idem dicendum *(est)*, et in permutatione et in locatione et conductione similiter observabimus.

E per queste considerazioni – se non m'inganno – decisive. In questo stesso testo al § 1 il giurista avverte: *Si alienatio dolo malo facta sit non quaerimus utrum mortis causa facta sit an non sit: omni enim modo revocatur*; e al § 3 ribadisce: *omne autem, quodcumque in fraudem patroni gestum est, revocatur*. Nel caso pertanto di vendita o di compera fatta dal liberto in frode del patrono, quale dovrebbe essere la logica e netta conseguenza? questa sola evidentemente: che dev'esser *revocata* la vendita; che dev'esser *revocata* la compera. Nel passo del testo, invece, che io ritengo alterato; *non vi ha vera e propria revoca*, ma è richiamato quel regime, per dir così *transattivo*, che è prediletto dai Bizantini.

Si avverta bene: è quello stesso regime transattivo che i Bizantini hanno escogitato in materia di lesione enorme. Il venditore o può ottenere la restituzione della cosa restituendo il prezzo o può avere – se il compratore lo preferisca – *quod deest iusto pretio*. La sola differenza che i Bizantini pongono tra un caso e l'altro è la seguente: nel caso di vendita lesiva del patrono, basta che sia stato corrisposto un prezzo *inferiore* al *iustum pretium*: nel caso generale, prospettato nelle interpolate cc. 2. 8 C. 4. 44, occorre che sia stato corrisposto un prezzo *inferiore alla metà* del *iustum pretium*.

Queste osservazioni basterebbero, secondo me, a dimostrare la vasta alterazione del fr. 1 § 12-13 D. 38, 5.

Del resto, tutto il movimento di pensiero e di forma di questo passo non tarderà a rivelarsi di origine compilatoria al senso critico dello studioso che voglia approfondirlo. Come si può conciliare con le precedenti affermazioni (*alienatio dolo malo facta revocatur* – *omne, quodcumque in fraudem patroni gestum sit, revocatur*) la sprezzante decisione: *neque omnimodo rescindere debemus venditionem quasi libertus ius vendendi non habuerit*? Io proprio non so conciliarla. Nè si traseurino, anche, indizi formali dell'alterazione: *omnimodo, maxime, persoluto (!)*¹⁾ *pretio, remittere de pretio* che è una strana costru-

¹⁾ *Persolvere* è un tipico giustinianismo. «Lieblingsausdruck Justinians statt solvere, in den Digesten meistens, wo nicht durchgängig, interpoliert»: così SE-

zione di cui nell'eccellente Handlexicon del Seckel non ho trovato esempi ¹⁾.

Di *iustum pretium* e di *iusta aestimatio* è parola anche in due testi, l'uno inserito nelle Pandette, l'altro nel Codice, riguardanti l'identico caso di costituzione di *dos aestimata*. È opportuno riferirli collocandoli vicini l'uno all'altro.

D. 23. 3. 12. 1.

(Ulp. 34 ad Sab.)

Si mulier se dicat circumventam rem minoris aestimasse, ut puta servum, [si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit; in eo acturam ut servus sibi restituatur: enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet. et haec si servus vivit. Quod si decessit, Marcellus ait magis aestimationem praestandam sed non iustam, sed eam quae facta est: quia boni consulere mulier debet, quod fuit aestimatus:

C. 5. 18. 6.

(Diocl. et Max., a. 290 vel 293)

Si circumscripta matre vestra vilior pretio dotales res aestimatae sunt, [quid super huiusmodi contractuum vitio statutum sit, vulgo patet. Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram iniqua aestimatione circumscriptam apud praesidem provinciae evidentibus probationibus ostenderitis, quando possidentibus vobis ad obtinenda praedia etiam doli mali exceptionis potestas optuletur, sciet quatenus religionem iudicationis suae temperare debeat. Sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se adleget,

SECKEL, *Handlexicon*. Cfr. anche BONFANTE, *Storia* ², 631. Testi interpolati: D. 22. 3. 25. 2 - un testo dei più notoriamente alterati (CUIACIO, FABRO); D. 31. 89. 4 [*nisi-persolveretur* (SECKEL)]; D. 19. 2. 25. pr. (già CUIACIO e FABRO); D. 46. 3. 63 [*et sciendum est-condicio* (FABRO)]; D. 50. 17. 186 (per rerum naturam persolvi possit!).

Anche *disputare*, nel senso traslato in cui è adoperato qui (*maxime cum de doto elus non disputetur, sed de doto liberti*), non mi accade di trovare mai altra volta usato dai classici, per quanto posso ricavare dall'*Handlexicon* del SECKEL.

¹⁾ Nel successivo § 15 il testo classico, evidentemente, doveva dire: *Et alias videamus, si dicat patronus rem hoc interesse suam non esse venundatam inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem, etc.* I compilatori lo riproducono con la loro solita intercalazione: *Et alias videamus, si dicat patronus rem [quidem iusto pretio venisse, verumtamen] hoc interesse sua, etc.*

ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moretur, non mariti. idemque et in minore circumventa Marcellus probat. plane si emptorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum iustam aestimationem praestandam idque dumtaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit: Scaevola autem in marito notat, si dolus eius adfuit, iustam aestimationem praestandam: et puto verius, quod Scaevola ait.]

veritate examinata non amplius quam pretium iustum restituere compellatur. Haec tunc locum habent cum res in natura sunt. si tamen extinctae sint, pretium, quod dotali instrumento inditum sit, id considerabitur.]

Il lettore potrà meravigliarsi di questi larghi tagli che l'analisi critica dei due testi mi porta a fare, tanto più che nel testo delle Pandette si accenna a diverse opinioni di giuristi. Ma non mi riuscirà difficile dimostrare come i due testi siano due ampî rimaneggiamenti bizantini e ricomporre il sostrato classico, del quale resta ancora - almeno nel testo delle Pandette - una non trascurabile traccia. Consideriamo, innanzi tutto, quest'ultimo.

La prima parte da *si quidem a servum praestet* non può essere ulpianea per impossibilità logica. Ulpiano ha già esposto il caso concreto: si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse. Come, poi, potrebbe distinguere: *si quidem in hoc circumventa est quod servum dedit - enimvero si in aestimationis modo circumventa est* - ? Questa distinzione rinnega quella premessa ¹⁾.

Nè può esser classica la seconda parte. Innanzi tutto, per rilievi formali. Le due parti son tenute insieme da uno dei soliti caratteristici grovigli compilatori: *si quidem - enimvero - quod si - ceterum - plane*; l'apposizione *sed non iustam sed eam quae facta est* è lì proprio per gonfiare il periodo; l'espressione *boni consulere* è sempre, a mio avviso, compilatoria ²⁾; il rincorrersi di *aestimationem praestandam*

¹⁾ Su questa prima parte del testo v. già BIONDI, *Sul dolus causam dans e incidens*, in *Diritto Commerciale*, IV, serie 3^a, n. 1. Conforme PACCHIONI, *Corso* ², II, 248.

²⁾ Il *Voc. iur. rom.* dà altri due soli esempi. Ma in D. 23. 4. 4 il testo da *finge a consecutus* è verosimilmente uno sviluppo postclassico. In D. 50. 2. 3. pr.,

e di *id praestandum* indica il disordine del testo; la frase *emptor iusti pretii* classica non può essere. Quando noi diciamo *possessor bonae fidei*, nella specificazione determiniamo una qualità del soggetto: così i Latini parlano di *res maioris pretii* o *res minoris pretii* etc. Ma *emptor iusti pretii* è una goffa frase che non può stare insieme.

Vi hanno, poi, considerazioni sostanziali, anche più efficaci. La motivazione *quia boni consulere*, etc. è, da un punto di vista logico, semplicemente volgare. Dal punto di vista del diritto classico, poi, la soluzione affacciata non si spiega. Se la moglie era stata *circumventa* nel senso che v'era stato dolo da parte del marito, la *aestimatio* avvenuta doveva considerarsi nulla, ma se era stata *circumventa* nel senso che v'era stata più accortezza da parte del marito che dalla sua, la *aestimatio* avvenuta doveva considerarsi pienamente valida. Richiamo gli insegnamenti della giurisprudenza romana: *naturaliter concessum est invicem se circumscribere* (D. 19. 2. 22. 3); *naturaliter licere contrahentibus sese circumvenire* (D. 4. 4. 16. 4).

Però a questo punto io avverto l'obbiezione. Che cosa c'era nel testo classico? Quale era l'opinione di Marcello e di Scevola? E perchè fu alterato? È possibile rispondere a tutte queste domande. Attraverso il rimaneggiamento del testo non è difficile vedere che Ulpiano, posto il caso *si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse*, lo risolveva - con espliciti riferimenti a Marcello e a Scevola - osservando che, se la donna era *minor viginti quinque annis*, poteva ottenere senz'altro che fosse considerata nulla la *aestimatio* per il pregiudizio che gliene derivava, indipendentemente dall'accertamento del dolo del marito; se aveva superato quell'età, il dolo - nel senso tecnico della parola - doveva esistere ed essere accertato¹⁾. I compilatori rimaneggiarono questo testo con quello sfoggio di casistica e con quell'*emboitement* del periodare che costituisce uno dei primi criteri diagnostici di interpolazioni posti in luce dall'Eisele. E lo rimaneggiarono soprattutto per introdurre anche qui quel regime *transattivo* da essi applicato nelle cc. 2 e 8 C. 4. 44 e nel fr. 1 §§ 12-13 D. 38. 5. Se vi è la possibilità di restituire la *res aestimata*

oltre *boni consulere*, basti rilevare *generaliter id erit defendendum ut, humanitas sententiae* e la scorrettezza del testo.

¹⁾ Mi limito a richiamare D. 23. 3. 6. 2 (Pomponio): *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est...*

(si servus vivit), i compilatori non impongono al marito la restituzione della *res* (il *servus*), ma gli consentono la facoltà di prestare la *res* (il *servus*) o la *iusta aestimatio*¹⁾.

Se - come spero - l'analisi critica di questo fr. è riuscita persuasiva, poco dovrei dire per dimostrare l'alterazione della c. del Codice. Il lettore non vorrà disconoscere che da *quid super huiusmodi contractuum vitio* in poi è tutto un tronfio periodare di stile giustiniano, non conforme alla pacata e concisa forma dei rescritti diocleziani. Il rescritto si limitava verosimilmente a dire che, non essendo ancora avvenuta nel caso concreto - sottoposto alla decisione imperiale - la consegna della *res*, la donna avrebbe potuto opporre al marito richiedente la *exceptio doli*. Diocleziano decideva il caso concreto, e non sconfinava. Quel susseguirsi di varie ipotesi, che ora nella c. si nota, e quel susseguirsi di norme fissate per ognuna di esse, è frutto di un ampio rimaneggiamento della c. E si vedano anche molti indizi formali: *super vitio*²⁾, *huiusmodi*, *contractus* riferito alla *aestimatio dotis*, la ridondante frase *iniqua aestimatione circumscriptam* dopo *circumventam*, *evidentes probationes*, *opitulari* in senso traslato,³⁾ *sin autem*, etc.

Ci resta, dopo ciò, da analizzare ancora un solo testo. È la c. 3 C. 3. 37 (Alex. Verecundiano, a. 224):

Naturalmente anche qui, mentre il diritto classico interveniva quando ci fosse stato il dolo, il diritto giustiniano interviene sempre quando vi sia una qualunque *circumscriptio* - anche non tale da potersi considerar dolo nel senso giuridico - purché la *circumscriptio* abbia cagionato un danno. È, infatti, secondo me, interpolata la motivazione del testo: *quia bono et aequo non conveniat (!) aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*.

¹⁾ Lo scoliaste bizantino richiama anche qui la dottrina fissata nelle interpolate cc. 2 e 8 C. 4. 44. Cfr. lo scolio dell'Anonimo a Bas. 29. l. 8 (HEIMB., III, 359): "Εάν μήτε τὸ ἡμισυ τοῦ ἀληθοῦς τιμήματος ἔδοσεν τῷ καιρῷ τῆς πράξεως· τότε γὰρ καλῶς ὁ πρᾶτης μίμνεται· καὶ ἐν τῷ ἀγροαστῇ ἔστιν, ἢ τὸ λείπον παρασχεῖν τοῦ τιμήματος, ἢ τὸ πρᾶγμα ἀποδοῦναι καὶ ἀναλαβεῖν τὸ τίμημα...

E anche i giuristi medioevali rilevano la corrispondenza tra l'alternativa accordata nelle cc. 2 e 8 C. 4. 44 e l'alternativa accordata nel fr. 12 § 1 D. 23. 3. Cfr. per tutti CUIACIO, *Op. omnia*, ed. neap., 9, 540-41.

²⁾ «Das bei Iustinian beliebte Wort (*super* invece di *de*) ist in den Digesten mehrfach interpoliert»: così SECKEL, *Handlexicon*. Cfr. anche BONFANTE, *Storia*², 685; EISELE, *Beiträge*, 233.

³⁾ Nel fr. 1 pr. D. 4. 4 la frase *adversus captiones opitulationem* è interpolata (SECKEL, *Handlexicon*) e in una c. giustiniana (c. 26. C. 5. 16) è la frase *opitulatione quadam extrinsecus egentibus*. Cfr. anche BONFANTE, *Storia*², 685.

Ad officium arbitri, qui inter te et fratrem tuum dividendis bonis datus fuerit, ea sola pertinent, quae manent communia tibi et illi, nam ea, quorum partem is vendidit, cum emptoribus tibi communia sunt, et adversus singulos arbitrum petere debes, si ab illorum quoque societate discedi placeat. [Cum autem regionibus dividi aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli aestimatione iusta facta unicuique sociorum adiucentur, compensatione invicem pretii facta eoque, cui maioris res pretii obvenit, ceteris condemnato, ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emptore admissa, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem profiteatur].

Ritengo genuina soltanto la prima parte di questo testo. Essa contiene la risposta al quesito che aveva sollevato l'interrogante. Ma, secondo ogni probabilità, l'imperatore Alessandro, dopo aver risposto al quesito, non doveva divagare nel prospettare il *quid agendum* nel caso di un fondo che non avesse potuto esser diviso *regionibus*. La presentazione di questo possibile caso è, invece, ovvia per i compilatori giustinianeî, i quali stabiliscono - mediante interpolazioni acutamente accertate dal Berger¹⁾ - che i fondi enfiteutici non si debbano dividere

¹⁾ Cfr. *Teilungsklagen*, 29 sgg. Giova riferire il testo alterato: D. 10. 3. 7. pr. Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: [*magis autem debet index abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur.*] § 1 Neratius scribit, arbitrum si regionibus fundum [*non vectigalem*] divisum duobus adiu-dicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere.

L'alterazione di questo testo è stata precisamente dimostrata dal BERGER ed io rinvio il lettore a quella dimostrazione, limitandomi a rilevare che il modo brusco col quale si recide il dubbio affacciatosi, l'*huiusmodi*, l'espressione *praestatio confundetur*, sono, - oltre tutto il resto - indizi considerevolissimi.

Il corrispondente testo dei Basilici (12. 2. 7 in HEIMB. I 798) è molto più reciso di quello del Digesto: Καὶ ἐπὶ ἐμψυτεύτικῳ ἀγρῷ κῶσα τῷ περὶ διαίρεσιν τῶν ἐπιχοίωνων δικαστηρίῳ, οὐκ ἐπὶ τῷ διαφεθῆναι εἰς κλίματα· ἐπεὶ τοιγαυγχεῖται ἡ ὁδὸς τοῦ τέλους. Altrettanto dicasi dei commenti bizantini, che insistono nel mettere in evidenza che l'*ager emphyteuticus* non può essere diviso *regionibus*.

E, del resto, anche in linea generale osservo - cosa che non mi sembra sia stata fin qui rilevata - che la preoccupazione della *non divisibilità* del fondo comune era più viva (e - quindi - veniva più facilmente affacciata), nei giuristi bizantini che nei giuristi romani. Questi ammettevano la divisione del fondo tutte le volte che era *possibile*: quelli la ammettono quando, oltre *esser possibile*, è anche *opportuna*. Testi interpolati sono, a mio avviso, i seguenti: D. 10. 2. 55: Si

regionibus. Ed è sintomatico il notare come gli scolasti bizantini riferiscano la divagazione *cum autem regionibus dividi aliquis ager inter socios non potest*, etc. precisamente all'*ager emphyteuticus*, al quale certo non doveva riferirsi l'imperatore Alessandro nel 224¹⁾. Gli indizi formali della alterazione sono, poi, evidentissimi. C'è un *vel* sospeso, *maxime si*, il rincorrersi di tre ablativi assoluti!

6. — Mi avvio, così, alla conclusione. I giuristi romani non conoscevano la terminologia *iustum pretium*, *iusta aestimatio*: non avevano il concetto del *iustum pretium*.

Non conoscevano quella terminologia: perchè il tecnicismo terminologico dei giuristi - come ho più di una volta rilevato a proposito della *possessio* e rileverò a proposito della minore età - è veramente perfetto. *Iustus* era per essi l'atto o il rapporto conforme al *ius*: non potevano adoperare l'appellativo in un diverso significato. Non avevano, d'altronde, bisogno di adoperare l'espressione *iusta aestimatio* per indicare la stima conforme al valore reale della cosa, perchè l'*aestimare* e l'*aestimatio* classica avevano, senz'altro appellativo, questo significato. Se così non fosse, tutte le volte (e quante!) in cui essi parlano di *aestimare* o di *aestimatio*, avrebbero dovuto dire *iuste* aestimare, *iusta* aestimatio: invece noi troviamo l'appellativo intercalato raramente in qualche testo, per effetto di glossa o di interpolazione.

I giuristi romani, poi, non avevano il concetto del *iustum pretium*. Mentre è detto che la vendita non può esistere senza prezzo (D. 18. 1. 2. 1: *sine pretio nulla venditio est*), d'altra parte la determinazione di questo prezzo è lasciata alla libera volontà delle parti, e sarà più o meno alto a seconda che il venditore avrà più o meno

familiae eriscundae vel communi dividundo iudicio agatur et divisio [tam difficultis sit, ut paene] impossibilis esse videatur, potest iudex in unius persona condemnationem conferre et adjudicare totam rem. - Inst. 4. 17. 5: quod si de una re [veluti de fundo] si quidem [iste fundus commode regionibus] divisionem recipiat, partes eius singulis adjudicare debet...: quod si [commode] dividi non possit, vel homo forte aut mulus erit de quo actum sit, uni totus adjudicandus est et is alteri certa pecunia condemnandus.

Il riguardo alla comodità, alla opportunità è - anche fuori del campo delle azioni divisorie - tipicamente bizantino. Cfr. recentemente TAUBENSCHLAG, *Miszellen aus dem römischen Grabrecht*, I, *Zur Lehre von iocus religiosus* in ZSS. XXXVIII, 245 sgg., dove segnala interpolazioni secondo me ben determinate.

¹⁾ Cfr. HEIMB., I, 817 sg.

abilmente saputo valorizzar la cosa sua. « La morale pagana - sono parole del Riccobono¹⁾ - insegnava che nei contratti bilaterali ciascuna delle parti cerca il proprio vantaggio, e sa e deve sapere che la parte avversa mira a ritrarre dal negozio il massimo utile: il diritto quindi riteneva inevitabile e lecita la lotta di interesse combattuta lealmente, donde la massima: *naturaliter concessum est quod pluris sit minoris vendere*...²⁾).

Il concetto del giusto prezzo sorge tardi, nell'epoca postclassica, quando il diritto romano risente già dell'influenza dei nuovi principii, che sono il sostrato morale del Cristianesimo³⁾. Questi principii splendono nel *de officiis* di Sant'Ambrogio. Il comandamento - *iustus nihil alteri detrahendum putet, ne alterius incommodo suum commodum augeri velit* (de offic. 3, 2, 13) - viene più volte energicamente riaffermato a proposito della compravendita con parole, dalle quali balza fuori il violento contrasto con le norme giuridiche romane.

Pretiorum captari incrementa - Sant'Ambrogio esclama (de offic. 3, 6, 37) - *non simplicitatis, sed versutiae est*. E incalza: *De reditibus igitur uberis glebae exspectare debes tui mercedem laboris, de fertilitate pinguis soli iusta sperare compendia* (de offic. 3, 6, 41).

Biasima il gretto mercanteggiare ammonendo: *Nihil itaque deformius quam nullum habere amorem honestatis, et usu quodam degeneris mercaturae, quaestu sollicitari ignobili, avaro aestuare corde, diebus ac noctibus hiare in alieni detrimento patrimonii* (de offic. 3, 9, 57). Ed esalta, invece, il senso del giusto e della onesta misura: *In omnibus igitur decora est fides, iustitia grata, mensura aequitatis iucunda* (de offic. 3, 10, 66).

Le malizie più semplici in uso nel commercio quotidiano, come le lodi esagerate della propria merce, che non fanno sorgere il dolo giuridico, sono riprovate e condannate. Il concetto cristiano del dolo si esalta e si estende fino a comprendere le più naturali astuzie. Di fronte alle massime della giurisprudenza romana: *Naturaliter conces-*

¹⁾ Riv. dir. civ. (1911), 59.

²⁾ Cfr. D. 19. 2. 22. 3; 4. 4. 16. 4.

³⁾ L'affermazione di qualcuno (CAILLEMER, *Contrat de vente*, 32) che ha voluto rintracciare nel diritto attico il principio della rescissione della vendita a causa di lesione cercando di dedurlo da un passo di Demostene, è infondata. Cfr. BEAUCHET, *Hist. du droit privé de la rep. Athén.*, IV, 115-118 e autori citati a pag. 118, n. 1.

sum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere (D. 19. 2. 22. 3); Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis *naturaliter licere contrahentibus sese circumvenire* (D. 4. 4. 16, 4), il vescovo cristiano del iv secolo insegna: hanc tu industriam vocas, hanc diligentiam nominas, quae *caliditatis versutia*, quae *astutia fraudis est* (de offic. 3, 6, 41); omne enim quod arte elicitum, et fraude compositum est, caret merito simplicitatis (de offic. 3, 9, 58); generaliter in omnibus dolus abesse debet: *aperienda simplicitas, intimanda veritas est* (de offic. 3, 10, 66). E la dottrina dei Padri della Chiesa è tutta in questo senso. Ed ecco le scuole postclassiche e i giuristi bizantini proclamare che il prezzo dev' essere *giusto*, e determinare le conseguenze giuridiche derivanti dal non aver pagato il *giusto prezzo*. Così, mentre i giuristi romani ritenevano *valida* la vendita di una cosa, a *qualunque* prezzo fosse venduta, purché il consenso del venditore non fosse viziato, i Bizantini l'affermano rescindibile, quando il venditore abbia ricevuto meno della metà del *giusto prezzo*; e soltanto lasciano al compratore la possibilità di evitare la risoluzione del contratto, qualora corrisponda *quod deest iusto pretio*¹⁾. Mentre i giuristi romani - al contrario - ritenevano *nulla* la vendita fatta dal liberto *in frode del patrono*, i Bizantini non la dichiarano senz'altro tale, ma accordano al compratore la facoltà di evitare la risoluzione del contratto, qualora corrisponda - anche qui - ciò che manca a raggiungere il *giusto prezzo*. E così via. Il Thomasius e poi il Gradenwitz scoprono una applicazione del concetto: non scoprono l'origine del concetto e tutte le sue applicazioni. La interpolazione, da essi rilevata, nelle cc. 2 e 8 C. 4. 44 non è isolata e a sè stante: si ricollega alla interpolazione, dappertutto eseguita, della nozione del *iustum pretium*, e deriva - come effetto da causa - da quella nozione. La quale nell'epoca me-

¹⁾ La reazione bizantina contro la massima romana (*naturaliter concessum est invicem se circumscribere*) è particolarmente viva nella riproduzione greca delle cc. alterate del Codice (cc. 2 e 8 C. 4. 44) che noi troviamo nei Basilici. Non è più ammesso che venditore e compratore possano *se circumscribere* indefinitamente, ma è posto un limite alla *circumscrip tio*. Δύνανται οἱ συναλλάττοντες μέχρι τοῦ ἡμίσεος τιμῆματος, περιγράφειν ἀλλήλους καὶ περιγράφεσθαι (Helmh. II, 315-6).

dioevale si fissò sempre più, suggerita – come ha ben veduto lo Schupfer¹⁾ – da un sentimento morale cristiano.

Anche una volta l'epoca medioevale²⁾ sviluppò un concetto, che nella precedente epoca romano-bizantina era già sorto³⁾.

Macerata-Perugia, aprile-maggio 1920.

E. ALBERTARIO.

¹⁾ *Il diritto privato dei popoli barbarici*, III, 212-224.

²⁾ Tra gli scrittori ecclesiastici medioevali merita di essere particolarmente citato SAN BERNARDINO DA SIENA (*Sancti Bernardini Senensis opera omnia*, Lugduni 1550, II, 207-228), il quale insiste nel raccomandare di *non vendere a prezzo più caro né di comprare a prezzo più vile di quello che sia permesso dalla giustizia*.

³⁾ Per gli addentellati giustinianeî della dottrina degli atti *ad aemulationem* v. il bel lavoro di PEROZZI, *Arch. giur.*, LIII (1894), 350 sgg.; per gli addentellati giustinianeî della dottrina degli atti in frode alla legge v. l'acuta esegesi di PACCHIONI, *Riv. dir. comm.* IX (1911), e *Corso*², II, 222 sgg., nella quale credo ora di dover consentire.

IL CONATO CRIMINOSO NEL DIRITTO ROMANO

Sommario. — 1. Divergenze fra gli scrittori intorno alla punibilità, presso i Romani, degli atti criminosi imperfetti. — 2. Contrasto fra i testi relativi. — 3. Inaccettabilità degli spediendi proposti per comporlo. — 4. Alterazioni giustinianee al D. 50, 16, 53, 2. — 5. Ed al D. 2, 2, 1, 2. — 6. L'intento legislativo di tali alterazioni. — 7. Indeterminatezze della stessa legislazione giustiniana circa le sanzioni dell'atto criminoso imperfetto e loro ripercussioni nelle dottrine formatesi sopra di questa, e nelle legislazioni ispirate da questa.

1. Se presso i Romani fossero colpiti colle sanzioni stabilite dalle leggi penali solamente gli atti criminosi perfetti, o lo fossero anche quelli non riusciti all'effetto voluto dall'autore per insufficienza o interruzione dell'azione, oppure per l'intervento di circostanze estranee al suo volere, è materia antica e cospicua di dissensi e di contrasti fra gli scrittori di storia del diritto e fra i dogmatici del diritto penale.

L'opinione predominante è nel senso che i Romani, almeno nell'età storica, colpissero ognora la volontà manifestatasi da atti esterni di preordinazione e di esecuzione del fine criminoso, indipendentemente dal raggiungimento di questo; e che l'autore del reato imperfetto fosse pertanto passibile sempre presso di essi delle medesime sanzioni comminate all'autore del reato perfetto ¹⁾. Ma non mancano tuttavia scrittori autorevoli i quali si pronunziano in tutt'altro senso,

¹⁾ Cfr. fra gli storici: REIN, *Das Criminalrecht der Römer*, Leipzig, 1844, p. 147-8; PERNICE, *M. A. Labeo*, II, 1, p. 103 e segg.; MOMMSEN, *Röm. Strafr.*, p. 93 e segg.; e specialmente le memorie apposite del SEEGER, *Ueber den Versuch der Verbrechen nach röm. Recht*, Tübingen, 1879; *Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters*, Tübingen, 1869. p. 3-9.

Fra i dogmatici v.: MITTERMAIER, *Del punto onde comincia la penaltà del conato a delinquere*, Scritti germanici di dir. crimln., I, 1846, p. 259 (trad. ital. dal testo edito nel *Neues Archiv f. Criminatr.*, II); CREMANI, *De iure crimin. libri tres*. 2^a ed., Macerata, 1834-6, p. 108 e segg.

affermando che dei semplici atti di preordinazione e d'imperfetta esecuzione del proposito criminoso potevano esser colpiti soltanto in forza di particolari statuizioni di leggi intervenute a configurarli come reati autonomi, quali si ebbero nella *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, per l'esse *cum telo hominis occidendi causa*, pel *venenum habere, vendere, parare hominis necandi causa*, in rapporto coll'omicidio; mentre fuor dei termini di siffatte statuizioni non si avrebbe esempio di reati imperfetti puniti come perfetti che per alcune figure di *crimina extraordinaria* appartenenti all'impero recente;¹⁾ ed additano come presupposto indispensabile all'intervento della sanzione penale, presso i Romani stessi, se non veramente la soddisfazione della passione dalla quale l'agente era eccitato al delitto, la violazione effettiva del diritto alla cui tutela essa sanzione mirava.²⁾

2. Parecchi dei testi pervenutici nelle fonti giuridiche³⁾ e parecchi luoghi di scrittori non giuridici,⁴⁾ sembrano porgere in verità alla dottrina prevalente una base incrollabile. Essi affermano come singo-

¹⁾ Fra gli storici cfr. FERRINI, *Espositz. storica e dottrinale del diritto pen. rom.*, p. 92; *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 242 e segg.; BRUOI, *La teoria del conato e l'influsso dei romanisti*, Arch. giur., XXV, p. 439 e segg.

Fra i dogmatici v.: NICCOLINI, *Del tentativo*, nelle *Questioni di diritto*, par. II, n. 21, p. 256 e segg.; RENAZZI, *Elementa iuris crimin.*, 7^a ed., Romae, 1819, p. 102; DE SIMONI, *Del delitto considerato nel solo affetto ed attentati*, par. I, cap. I (1^a ed. 1783; 2^a ed. 1809; recensita dal ROMAGNOSI, nella *Bibliot. ital.*, 1831, p. 53; *Opere*, IV, 1, p. 448 e segg.).

²⁾ CARRARA, *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1877.

³⁾ CALL., D. 48, 8, 14: «Divus Hadrianus in haec verba rescripsit; *In malefictis voluntas spectatur, non exitus*»; PAP. D. 50, 17, 79: «*Fraudis interpretatio in iure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque desideratur*»; PAOLO, R. S., 5, 23, 3 = D. 48, 8, 7 (sull'omicidio); TEOD. ARC. ONOR., C. 9, 7, 1 fr. (sul *crimen maiestatis*); ONOR. ed ARC., C. Th., 9, 26, 1 (sull'*ambitus*); LEONE, C. 1, 12, 6 (*de his qui ad Eccl. confugiunt*); PAOLO, D. 47, 11, 1 pr. (*solicitatio attendarum nuptiarum*).

⁴⁾ CIC. *pro Mil.*, 7, 19: «quasi vero quia perfecta res non est non fuit punienda; proinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicarentur»; VELL. PAT., 2, 8, 1: «adeo illi viri magis voluntatem peccandi intuebantur quam modum, factaque ad consilium dirigebant, non in quantum admissum foret, aestimabant»; APUL., *Flor.* 20, p. 98: «in maleficiis etiam cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicantur, cruenta mente, pura manu»; SERV., *ad Aen.* 6, 24: «dicit autem secundum Romanum ritum, in quo non tantum exitus punitur, sed et voluntas»; VAL. MASS., 6, 1: «non factum tunc sed animus in quaestionem deductus est plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit»; DONATO, *ad Ter. Andr.*, 1, 5, 35: «Non perficere dixit sed conari: velle aliquid ad scelus affectio est iam, si non potest fieri. Hic enim voluntas, non factum damnatur».

larità del diritto penale romano quella d'appuntarsi sul *consilium* criminoso e non già sull'*exitus* che questo abbia raggiunto, con una tale assolutezza ed insistenza, movendo da voci così diverse per natura, per carattere, per tempo, che sembra irragionevole negar fede alla esattezza di codesta affermazione, in rapporto al periodo al quale tali testi appartengono, che va dallo scorcio della repubblica fino al secolo III d. C.; e riferirne la portata ai soli atti preparatori dell'omicidio o dei *crimina extraordinaria* di data recente, anche là dove la pertinenza a questi non sia espressamente attestata o non sia altrimenti additata da ragionevoli indizi.

Di contro alle attestazioni concordi ed insistenti dei detti luoghi non può negarsi tuttavia che esiste la voce discordante di qualche altro, tratto dalle fonti tēniche, che sembra porgere conforto e sostegno alle opinioni discordanti dalla dottrina predominante. Esiste, in particolare, un luogo di Paolo al *D.* 50, 16, 53, 2, nel quale si pronunzia inapplicabile la sanzione comminata all'autore del *furtum manifestum* a colui che abbia concepito il *consilium malignum* di rubare, ma non abbia concorso all'esecuzione di tal proposito; ed un altro d'Ulpiano, al *D.* 2, 2, 1, 2, nel quale considerandosi i termini dell'Editto *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*, si stabilisce che il magistrato uscito d'ufficio debba essere tenuto ad accettare in causa propria solamente i principi contenuti in editti o in decreti ch'egli sia riuscito a condurre a compimento, non già quelli che si contenessero in altri ch'egli avesse avuto il proposito di emanare, ma che non avesse emanato effettivamente, per cagione di ostacoli frappostigli; e si esce a chiedere in rapporto a questi: *quid offuit conatus cum iniuria nullum habuerit effectum?*

Escludere ogni rilevanza di codesti due luoghi, in rapporto all'argomento di cui si tratta, per la ragione che il primo si riferisce ad un delitto privato, ed il secondo a tutt'altra materia che la criminale,¹⁾ non è ragionevole. Da un lato invero è da avvertire che i termini differenziali fra i *delicta* ed i *crimina* e fra i principi che ne regolano la persecuzione e le finalità alle quali questa mirava, si vennero

¹⁾ Cfr. in tal senso REIN, *op. cit.*, p. 131 (il quale riferisce il *D.* 2, 2, 1, 2 all'*iniuria* in senso specifico); FERRINI, *Esposit. storica*, p. 92 e segg.; MOMMSEN, *Stratfr.*, p. 92 e segg.

fortemente accostando in molti punti durante l'impero recente;¹⁾ talchè non è lecito escludere senz'altro che una regola formulata a proposito di una figura appartenente alla sfera dei *delicta* potesse esser riconosciuta applicabile a figure appartenenti alla cerchia dei *crimina*. È indiscutibile d'altro lato che la interrogazione, colla quale si chiude il secondo dei passi ricordati dianzi, esprime in termini generali un concetto pertinente il diritto criminale, per quanto nello stato in cui il passo si presenta oggidì appaia oscuro e strano il nesso esistente fra quella e le materie trattate dall'editto *quod quisque iuris in alterum statuerit*; nesso che ci studieremo di spiegare più oltre.

3. Ammesso, come sembra inevitabile, il contrasto fra il gruppo dei testi che affermano punito dai Romani il delitto imperfetto nella stessa guisa che il perfetto, e codesti due altri, che dichiarano immune da sanzione il *consilium* ed il *conatus* senza l'*effectus*, è necessario ricercare come codesto contrasto possa spiegarsi.

Diciamo subito che la sola spiegazione possibile ci sembra quella che consiste nell'attribuire i due principi contrastanti a due momenti storici diversi, e nel supporre che i due luoghi testè ricordati siano stati alterati dai compilatori giustinianei, allo scopo di porre in atto, sul punto di cui discorriamo, una innovazione fondamentale al diritto dominante fino al secolo iv.

4. L'alterazione del primo dei detti luoghi fu già dimostrata dal Karlowa; il quale avvertì giustamente che, secondo Paolo e Labeone, l'*actio furti* era esperibile tanto contro colui '*cuius ope furtum factum fuerit*' come contro colui '*cuius consilio furtum factum fuerit*': contro chi lo avesse materialmente eseguito, come contro chi lo avesse preordinato e diretto; e che il brano '*sane post veterum auctoritatem ecc.*' in cui si pronunzia immune da pena l'autore del *consilium* '*nisi et factum secutum fuerit*' è dovuto ai compilatori ed è improntato al medesimo concetto che è espresso in un luogo delle Istituzioni 4, 1, 11; nel quale si dice passibile di pena l'autore del *consilium* soltanto allorchè abbia partecipato in qualche guisa agli atti esecutivi del reato da lui proposto: '*certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhi-*

¹⁾ Pel furto stesso cfr. D. 47, 2, 93 (92): «*Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi*». Interessantissime osservazioni anche intorno a codesto svolgimento recava il nostro rimpianto e valorosissimo ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 Cod. civ.*, nella *Riv. del dir. com.*, XV, 1917, p. 296 e segg.

buil, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti ¹⁾.

5. Nell'altro testo sembra potersi dimostrare con certezza l'alterazione, esaminando il concetto ch'esso esprime ne' presenti suoi termini, in rapporto con quello dominante l'editto *quod quisque iuris in alterum statuerit*, e colle finalità alle quali esso era classicamente rivolto.

Il testo dell'editto, così come è riferito da Ulpiano, esprime molto chiaramente che il magistrato è tenuto ad accettare, nei rapporti in cui si trovi ad essere in causa egli stesso dopo deposto l'ufficio, quei medesimi principî nuovi di diritto, ch'egli abbia fissati ed applicati negli atti della sua magistratura. Esso presuppone evidentemente, come connaturale al potere magistratuale, la facoltà di *novum ius statuere*, sia col mezzo di generali *edicta*, sia col mezzo di *decreta* particolari.

Nel momento giustiniano, dacehè la facoltà d'innovare il diritto fu distolta ai magistrati giudicanti e fu attratta a sè, come di sua esclusiva competenza, dall'imperatore, il valore dei luoghi classici relativi a quell'editto, ed accolti nel titolo corrispondente dei Digesti, dovette spostarsi necessariamente verso una tutt'altra base, ed informarsi a tutt'altro concetto; volgendosi a fissare l'obbligo del magistrato di accettare in causa propria qualche principio non conforme al diritto vigente, e come tale costituente in senso generico un'*iniuria*, al quale egli avesse ispirato taluno degli atti compiuti nel corso del suo ufficio.

Il passo di cui ci occupiamo presuppone appunto un tale mutamento di base e di concetto ed è intelligibile soltanto partendo da questo; mentre, partendo dal presupposto classico dell'editto, non può dare verun senso plausibile. Movendo da codesta base nuova, esso afferma che l'*iniuria* della quale il magistrato è tenuto ad accettare

¹⁾ KARLOWA, *Röm. Rechtsg.*, II, p. 787-8. L'esistenza dell'interpolazione è ammessa qui anche dal PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, II, 1900, p. 41; il quale vi attribuisce però tutt'altro intento che quello che noi vi ravvisiamo; e precisamente quello di colpire la complicità intellettuale; la quale prima non sarebbe stata perseguibile coll'*actio furti*. Nega per contro l'esistenza dell'interpolazione HUVÉLIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1915, I, p. 397 e segg.; il quale contesta la corrispondenza del concetto espresso nell'ultimo periodo con quello significato nelle *Inst.* 4, 1, 11.

le conseguenze in causa propria, si deve intendere esistente solo allorchè sia posta in atto in un decreto che abbia avuto effettiva applicazione, non già quando fosse predisposta in un decreto rimasto inefficace a cagione di un vizio iniziale o di un ostacolo sopraggiunto. All'asserzione che *iniuria*, in tal senso di violazione del diritto costituito, si abbia soltanto allorchè esista una *consummata iniuria*, non già quando esista una semplice *iniuria coepta*, si ricollega l'interrogazione generica colla quale il passo si chiude: '*quid offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*'; che esce dai termini circoscritti dell'argomento di cui si tratta, per esprimere un concetto generale professato dai compilatori, circa il trattamento da stabilire alla volontà anti-giuridica in rapporto al mancato evento dell'effetto al quale essa fosse diretta.

Se anche quell'altro luogo famoso al *D.* 49, 19, 18, che figura sotto il nome di Ulpiano e come tratto dal medesimo libro III *ad edictum: Cogitationis poenam nemo patitur*: il luogo che dal Cuiacio in poi si suole ricollegare al frammento di cui qui ci occupiamo,¹⁾ sia da supporre intieramente redatto dai compilatori nella stessa guisa di questo; e sia stato escerpito, per esprimere una massima fondamentale nel titolo *de poenis*, dal passo già sostanzialmente rimaneggiato dai compilatori in riguardo al nuovo concetto accennato dianzi, non è possibile determinare con assoluta sicurezza. Certo è ad ogni modo che codesto luogo risponde pienamente al pensiero espresso nella interrogazione colla quale il passo predetto si chiude, riaffermando, nella sede meglio appropriata agli intenti legislativi della compilazione, la inammissibilità di sanzioni penali contro delle volontà anti-giuridiche non riuscite all'evento al quale eran dirette.

6. Coll'alterazione dei frammenti esaminati dianzi il legislatore intese di reagire contro la dottrina classica, che ravvisa sufficiente per l'applicabilità della pena la volontà criminosa manifestatasi da atti concludenti di preordinazione e di esecuzione, stabilendo come di regola che pel ricorso di quella fosse necessario il raggiungimento dell'esito criminoso voluto dall'agente, o la violazione del diritto alla cui tutela la legge penale offesa dall'atto criminoso intendeva.

¹⁾ CUIACIO, *Observ.*, 8, 22; 15. 25. Cfr. da ultimo: PERNICE, *Labeo cit.*, II, 1, p. 106-7.

Le ragioni pratiche di tale reazione si possono ravvisare con molta verisimiglianza negli inconvenienti e nei pericoli ai quali la dottrina classica poteva condurre, in un'epoca di decadenza del senso giuridico e di arbitrio predominante presso i funzionari preposti alla giurisdizione. La determinazione del momento, nel quale fosse da intendere che la *voluntas* criminosa avesse assunto una applicazione abbastanza precisa e concreta da giustificare l'intervento del magistero punitivo, doveva costituire in condizioni siffatte una difficoltà molto grave, e talora insormontabile. L'influenza che in codesto terreno esercitavano certamente le dottrine prevalse col cristianesimo, accresceva grandemente le difficoltà, contribuendo a confondere i termini fra morale e diritto, fra infrazioni di norme prettamente etiche e religiose e di norme fissate dalle leggi penali.¹⁾

7. La reazione di Giustiniano contro la dottrina classica informata al riguardo predominante alla volontà criminosa, non fu regolata tuttavia in modo preciso ed organico, nè condusse a resultanze ben definite ed alla determinazione di principi sicuri.

Mentre da un lato non tutte le tracce del concetto classico furono cancellate dai testi accolti nel Digesto, si omise d'altro lato di fissare,

1) TERTULL., *De poenitentia*. 3: « Per quod ostenditur non facti solum, verum et voluntatis delicta vitanda et poenitentia purganda esse. Neque enim si mediocritas humana facta solum iudicat, quia voluntatis latebris par non est, idcirco crimina eius etiam sub Deo negligamus »; CYPRIAN., *De lapsis* (in *Opera*, Parisiis, 1726, p. 190): « Videt ille corda et pectora singulorum et iudicaturus est non tantum de factis sed et de verbis et de cogitationibus nostris. omnes mentes voluntatesque conceptas in ipsis adhuc clausi pectoris latebris intuetur »; AUG., *Enarr. in psalm.* 125: « Ecce adhuc in stratu suo iacet, nondum surrexit ut furtum faciat; vigilat et expectat ut homines dormiant. Iam Deo clamat, iam fur est, iam immundus est, iam facinus de ore interiore processit. Quando enim facinus ex ore procedit? Quando voluntas faciendi discernitur. Decrevesti facere, dixisti: dixisti, fecisti. Si furtum non feceris foris, ille non meruit perdere, cui disponebas auferre. Et ille nihil perdidit et tu de furto damnaberis. Decrevesti occidere hominem: dixisti in corde, sonuit de ore tuo interiore homicidium. Adhuc vivit homo, et tu homicida puniris. Quid sis enim apud Deum quaeritur, non quid nondum apparueris apud homines »; *Enarr. in psalm.* 129: « quisquis consenserit peccatori, non alienis sed suis gravatur. Consensio enim ad peccatum alterius tuum fit peccatum »; S. GIOV. CRISOST., in 2 *epist. ad Timoth.* c. 1, hom. 3, 3.

MIN. FEL., Oct. 35, 6, addita come caratteristica della sanzione religiosa, in contrapposto a quella umana, la sua applicabilità al *cogitare*; ed è in rapporto a codesto contrapposto che è da intendere l'affermazione di lui: « Vos scelera admissa punitis, apud nos et cogitare peccare est, vos conscios timetis, nos etiam conscientiam solam ».

in rapporto colla nuova tendenza, una distinzione fra gli atti criminali non riusciti all'effetto voluto dall'autore, per insufficienza nella esecuzione del suo proposito, e quelli non riusciti per l'intervento di circostanze imprevedibili ed a lui estranee.¹⁾

Le dottrine penali che si formarono sulla base delle compilazioni giustiniane, o che ne furono più o meno direttamente ispirate, risentirono pure di tale indeterminatezza ed incertezza; e questa si ripercosse a sua volta nelle legislazioni positive improntate su quelle. Tali dottrine fissarono invero come di regola la necessità di una diversa sanzione contro l'atto criminoso imperfetto, in confronto di quello perfetto;²⁾ ma non distinsero poi, per commisurare diversamente la detta sanzione, il caso in cui l'imperfezione dipendesse da insufficienza degli atti esecutivi, o da circostanze indipendenti dall'opera dell'agente. Su questo proposito le incertezze persistettero, com'è risaputo, fin presso i dogmatici del secolo scorso, e non furono rimosse che dal Romagnosi; il quale desunse dai principi regolatori del magistero sociale punitivo, e della funzione della pena, i criteri per applicare al delitto *frustrato* le stesse sanzioni comminate a quello

¹⁾ Cfr. SEGER, *Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbr.* cit. p. 9 e segg.

Sopra l'indeterminatezza delle dottrine fissate nelle compilazioni giustiniane v. le giuste osservazioni del MAINO, *La tradizione romana nel diritto penale*, Riv. penale, V, p. 265 e segg.; specialmente a p. 285.

²⁾ Cfr., anche per riferimenti, FARINACCIO, *Praxis et theor. crimin. de del. et poenis*, quaestio 17, Ludg., 1634, I, p. 219: «ex communi et generali totius mundi consuetudine hodie numquam punitur attentatum sicut consummatum in quocumque etiam gravissimo et atrocissimo crimine». Eccezioni tuttavia, rispetto all'assassinio, si trovano ammesse ancora: CLARO, *Sentent. libri V, sive Practica crimin. Opera omnia*, Genevae, 1664, p. 330 e 431. Cf. pure RENAZZI, *Elementa iuris crimin.*, cit. I, p. 120: «Iurisconsulti qui criminales res pertractantur testantur universali Europae gentium consuetudine receptum esse ut non omnium delictorum conatus qui ordinariis poenis afficitur iure romano eadem poena puniatur ac delicta ipsa perfecta et absoluta». Per riferimenti di disposizioni positive di vari diritti, specialmente germanici, possono vedersi le dissertazioni seguenti: PORT, *De poena conatus*, Francof. et Lipsiae, 1698; GRAFF, *De poena criminis imperfecti seu conatus in criminibus*, Erford., 1738; ZIRKLER, *Beitr. zur richtert. Beurtheil. der Fälle des Versuchs*, Neues Arch. d. Criminatr., N. F., 1839, p. 279 e segg.: 434 e segg.; COHN, *Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen*, Breslau, 1880. Pel diritto criminale italiano v. specialmente DE SIMONI, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati* cit.

consumato; e per contestare invece l'applicabilità di vere e proprie pene a « quei tentativi cui le cagioni fisiche rendono impotenti a nuocere » ¹⁾.

EMILIO COSTA.

¹⁾ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, parte IV, lib. 2 (ed. 7^a, Milano, 1840, vol. I, p. 30 e segg.); contro il FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, lib. III, c. 27 (ed. Milano, 1817, vol. III, p. 323 e segg.); il quale trattava ad una medesima stregua il delitto tentato ed il mancato, partendo dalla funzione della pena rivolta a guarentire la società contro la perfidia dei delinquenti ed a dissuadere gli altri dal seguirne l'esempio; e dal concetto che la ragione di comminarla consiste nella volontà di violare la legge, comunque manifestata coll'azione.

LA FORMA DELLA STIPULATIO

A proposito del fr. 35 § 2 D. 45, 1

Nel mio volume 'Dal diritto romano classico al diritto moderno' preannunziai¹⁾ l'analisi di una particolare categoria di passi del Corpus iuris, nei quali la parola *contractus* fu posta dai Compilatori in luogo delle denominazioni di negozi solenni. Fin d'allora il mio pensiero non era quello di comunicare un elenco di passi, con una illustrazione più o meno ampia, perchè gli elenchi non possono avere che un valore preparatorio e sono spesso fallaci, per l'inclusione di elementi eterogenei a riguardo dell'origine o del significato delle parole. Le osservazioni meramente formali compiute sui Digesti hanno dato ormai quello che potevano dare, ed è ben poco; perchè quelle non penetrano nel vivo della scienza, hanno piuttosto carattere descrittivo e si fermano alla superficie. Ma per ciò non sono senza pericolo di gravi errori, essendo le nostre fonti assai complesse, con un contenuto ricco e vario, denso di fatti e di idee, di dottrine, di contrasti e di sviluppi. Ne segue, che qualsiasi indagine critica è senza luce ove non sia illuminata dalla dommatica, e deve essere sempre alla medesima subordinata.

Pienamente convinto della efficacia di questo metodo, che ho sempre seguito nei miei scritti, io sottoposi ad un'assidua osservazione un gruppo di quei testi, impasticciati dai Compilatori e già derelitti dalla critica, e ne trassi alfine il risultato che lo scambio dei termini giuridici produsse assai di frequente la comunicazione ai negozi iuris gentium di principi e dottrine esposti a riguardo di negozi formali del ius civile, e produsse viceversa la traslazione di presupposti od effetti di quest'ultimi ai *contractus*. Per citare un esempio;

¹⁾ *Annali del Seminario giuridico di Palermo*, vol. III, IV, p. 291, 313, 689.

il requisito della 'bona fides' che si richiede nella *emptio* anche al momento della conclusione del *contractus*, oltre che all'inizio del possesso, apparisce derivato dalla *mancipatio*, dalla *usucapio pro mancipato*; la qualcosa fu intuita da Ubbelohde¹⁾ in un tempo in cui la critica, come oggi la intendiamo, non era ancora nata, onde l'ipotesi priva allora di qualsiasi serio fondamento parve temeraria.

Ma di più; quella compenetrazione di caratteri o di elementi dell'una categoria di negozi nell'altra, se è già cosa per sé stessa notevole, non è la più saliente, essendo di maggior rilievo la constatazione che della fusione medesima non va attribuito a Giustiniano né il merito né l'arbitrio, in quanto negli scritti dei giuristi romani v'erano spunti e precedenti insigni.

La giurisprudenza del periodo adrianeo, infatti, aveva già sostenuto, non senza vivo contrasto, che gli elementi essenziali dei *contractus* — la *conventio* e la *causa* — fossero comuni ai negozi formali; il primo indispensabile pure per la validità dell'atto solenne: *mancipatio*, in *iure cessio* etc; ed il secondo agente pure in via diretta sui medesimi negozi.

L'importanza di tale sviluppo dottrinario non può sfuggire; ed esso vince, mi sembra, difficoltà esegetiche ritenute insuperabili, per esempio a riguardo dei fr. 1, 3 D. II, 14; 55 D. XLIV, 7; chiarisce e rafforza la nozione fondamentale del *contractus*, oggi molto discussa e, che si desume precisamente ed essenzialmente dal *consensus*, e porta inoltre nel problema dell'efficacia della 'causa' nei negozi formali del diritto moderno il contributo di una esperienza autorevolissima, cioè il pensiero dei grandi maestri del diritto; i quali in un'epoca più matura seppero promuovere il progresso del *ius civile*, che appariva immutabile nella sua struttura arcaica, con elementi tratti dalla intima essenza degli istituti medesimi, per conferire a essi la più completa efficienza.

Nel presente scritto, che ha limiti di spazio segnati dagli ordinatori del volume, la trattazione del tema enunciato sarà appena iniziata con l'esame di un testo, il più facile della serie, che figuri a modo di introduzione a problemi più complessi, e ciò al fine di mostrare che i Compilatori usarono la libertà loro concessa, di mutare i

¹⁾ *Zur Erinnerung* ... F. W. ROESTELL, Marburg, 1873.

testi classici, al di là d'ogni limite immaginabile; e perchè valga questo primo esperimento a conciliare l'animo dei lettori alle più bizzarre e sorprendenti manipolazioni dei passi dei giureconsulti eseguite dai Compilatori.

Il titolo dello scritto, per conseguenza, è provvisorio.

*
**

Il passo scelto per l'esperimento si trova nel titolo 'de verborum obligationibus', estratto dall'opera di Paolo ad Sab., ed è così riportato nei Digesti:

Fr. 35 § 2 D. 45. 1 Paulus l. XII ad Sabinum.

Si in *locando conducendo, vendendo emendo* ad interrogationem quis non responderit, *si tamen consentitur* in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia *hi contractus* non tam *verbis quam consensu* confirmantur.

Le parole in corsivo sono interpolate; di esse le due ultime subiscono soltanto uno spostamento; ed è ovvio che altri elementi dovettero essere necessariamente soppressi. Il testo è strano per i termini che vi figurano, mentre il contenuto di esso è insignificante.

Quale dubbio poteva mai sorgere nella mente di un giurista intorno alla validità della locatio e della emptio per la mancata o non congrua risposta alla domanda solenne dell'altra parte?

Forse che l'uso delle forme solenni, ed in specie della stipulatio, aveva abituato i contadini romani ad una così esasperata pedanteria da indurli nella trattazione di qualsiasi affare a piantarsi l'un contro l'altro per recitare una formola stilizzata?¹⁾

Nessuno metterà in dubbio che, almeno nell'epoca imperiale, la maniera libera di concludere i negozi del ius gentium fosse così popolare quanto spontanea.

Vero è che i giuristi, in raffronto al ius civile, enunciano spesso che i negozi del ius gentium non abbisognano di alcuna forma, 'neque

¹⁾ Certamente l'uso di concludere negozi iuris gentium mediante domanda e risposta è attestato nel periodo repubblicano; cfr. PLAUTO *Epidic.* 3, 4, 35: haec res esto mihi emta? habeas licet. Cfr. MITTEIS, *Priv. r.* I. 259, ma v. nota che segue.

verborum neque scripturae', ma appunto perchè si trattava di una nozione generale essi non scendono mai a particolari, all'esame di questa o quella forma, nè poteva la pratica offrire loro occasione per una siffatta analisi¹⁾.

E pertanto la nozione teorica è sul proposito enunciata sempre con gli stessi termini, come si riscontra in Gaio 3, 135: ... consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae, ulla proprietas desideratur; cfr. fr. 2 § 1 D. 44, 7; Inst. III, 22 pr. E Paolo scrive nel fr. 1. D. 19, 2: Locatio et conductio... non verbis sed consensu contrahitur; cfr. fr. 1 D. 17, 2; mentre Papiniano, in un senso più pieno e sostanziale, insegna: voluntatem potius quam verba spectari placuit. [219 D. 50, 16].

Dove, invece, la libertà della forma delle convenzioni è particolarmente descritta, specie in raffronto all'uso della scrittura, lì si manifesta evidente la mano dei Bizantini; che sentono il bisogno di rafforzare il principio romano di fronte all'uso del mondo orientale. Così l'ampliamento del testo è visibile in D. 18, 1, 2 § 1: conventio perficit (*sine scriptis habitam*) emptionem; e l'aggiunta assume il contenuto ed il valore d'un monito, in contemplazione dell'onere della prova, nel fr. 4 D. 20, 1, che tratta dell'ipoteca²⁾.

Or, tenuto presente tutto ciò, il testo riferito sopra offre particolari elementi che destano la nostra attenzione.

In primo luogo, la frase: 'ad interrogationem non responderit' è certamente classica, chiara e precisa nel significato, ma congrua soltanto alla stipulatio, la quale esige una perfetta coincidenza letterale tra la interrogazione e la risposta.

Nel luogo in esame, invece, quella frase, riferita alla locatio e all'emptio, non può avere che il senso comune: mancata risposta alla interrogazione. Ma allora, che significato ha il periodo che segue: *si*

¹⁾ Si tenga presente per altro che i Romani usavano nelle vendite a vari fini la stipulatio, onde molte formole relative a vendite derivano da stipulazioni; cfr. BRISSONIO, *De formulis*, p. 465 segg.; e altre da mancipazioni. Così nel fr. 64 D. 18, 1 (Iavol. 2 epist.) si legge: Fundus ille est mihi et Titio emptus, ed è precisamente la formola della mancipatio (GAI, I, 119); e pertanto i Compilatori dovettero surrogare nel seguito alla parola (mancipatio) la voce *venditio*, e nella chiusa scrivere *emptionem* in luogo di (dominium), così: ideoque totius fundi *emptionem* ad me pertinere.

Cfr. EISELE, *Zeitschrift S. S.* 30 p. 125; RICCOBONO, *ibidem*, v. 34, p. 240.

tamen consentitur in id quod responsum est? Ci fu o no, una risposta qualsiasi alla domanda?

La Glossa per sciogliere questo garbuglio indicò due vie, e alle parole: 'non responderit' annotò: *incontinenti, vel quantum ad verba non est responsum*.

E più giù, alla frase 'responsum est' appose la spiegazione: *ex intervallo*. Il difetto grave di questa interpretazione consiste in ciò, che essa presuppone si tratti della stipulatio; per lo meno opera con i requisiti formali di essa, come risultano dai testi dello stesso titolo. Errore grave, perchè il testo giustiniano, che i Glossatori intendevano spiegare, tratta di locatio e di emptio ¹).

Altri scrittori pertanto credettero necessario aggiustare il testo, ed inserirono 'non' prima della frase 'responsum est'. Così tra gli antichi Zoanneto seguito dal Mommsen e dal Krüger.

Ma questo espediente è davvero vano; perchè trattandosi di negozi non formali, se c'è manifestazione di consenso, presupposta nel testo, c'è già una risposta, comunque data, anche col solo cenno del capo.

La correzione proposta è per ciò sterile, come era inadeguata la spiegazione della Glossa; mentre noi, senza alterare le due frasi, potremo almeno spiegare la causa della loro incongruenza.

In secondo luogo desta sospetto l'ultimo periodo: 'non tam *verbis* quam *consensu* confirmantur'. Qui è il verbo che è improprio. 'Confermare' si adopera a buon diritto con riferimento ad atti formali che si compiono mediante una solennità, pubblica o privata, che rende firmum un certo contenuto: norma oggettiva o volontà privata.

La confirmatio è per ciò la funzione normale e propria della forma legale, la quale munisce di piena efficacia giuridica norme usuali, atti umani, ed in particolare manifestazioni di volontà. Onde si dice: stipulatio inanis aditione hereditatis confirmatur [95 § 2 D. 46, 3]; quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit ea videntur generali sermone nominare atque confirmare [Gai II, 104]; mancipatio lege XII tab, confirmata est [Ulp. R. 1, 9], e così del testamentum; cfr. fr. 130 D. 50-16; 14 D. 34-5.

Onde D. Gotofredo aderisce alla spiegazione della Glossa, ma sentè il bisogno di avvertire che non si tratta di stipulazione.

In tutte queste locuzioni si parla di conferma rispetto ad un *quid* che esiste in fatto: negozio nullo ¹⁾ manifestazione di volontà, norma usuale, i quali atti assumono piena o nuova efficacia in forza di una solenne o ulteriore dichiarazione.

Or per i negozi *iuris gentium*, che non abbisognano di forma alcuna, non può dirsi che '*consensu confirmantur*'; perchè il consenso è la sola forza immediata ed efficiente della validità di essi. Un giurista quindi non dice: *consensu emptio confirmatur*; ma dirà: *consensu fit, perficitur, contrahitur, peragitur* ²⁾.

Questi indizi inducono a sospettare della genuinità del testo; e a supporre, invece, che Paolo trattasse in quel luogo della *stipulatio*, non già della *locatio* e dell'*emptio*. E la supposizione assurge al grado di certezza quando si consideri l'originaria collocazione del testo di Paolo nell'opera ad *Sabinum*.

Paolo nel l. XII ad *Sabinum*, da cui il passo fu estratto, trattava '*de verborum obligationibus*', come Ulpiano nel l. XLVIII e Pomponio nel ll. XXIV segg.

La rubrica '*de inutilibus stipulationibus*' occupava nella esposizione un posto importante, perchè i requisiti della *stipulatio* erano affermati e illustrati con una ricca casistica, raccolta dalla pratica, e che rappresentava con vivezza le cause di nullità del negozio verbale. La parola tecnica '*inutilis*' della rubrica ³⁾ può considerarsi accertata in questa materia e dalle RR. Inst. III, 19 e Cod. VIII, 38, come dalla corrispondente trattazione di Gaio III 97 segg., dove essa campeggia nella maniera più assoluta. E Gaio passa in rassegna le stipulazioni inutili in un certo ordine, che è il seguente:

- 1) impossibilità '*natura*'
- 2) impossibilità '*lege*'
- 3) si quis ad id quod interrogatus est non responderit
- 4) incapacità delle persone ⁴⁾.

¹⁾ Cfr. 27 D. 44-7 — 11 § 3 D. 46-4.

²⁾ I Compilatori usurano altra volta a sproposito il verbo *convalescere* scrivendo: *et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt*. Per l'interpolazione del brano cfr. SCIALOJA, *Possesso del Precarista*, p. 234, n. 6.

³⁾ Cfr. LENEL, *Pat. Ulpian.*, c. 1835.

⁴⁾ Il titolo I, III, 19 (*de inutilib. stipulat.*) è formato sullo stesso schema, per quanto apparisca ampliato con altri elementi estratti dall'opera Inst. di Fiorentino. Cfr. FERRINI, *BIDR.* vol. 13, p. 175.

Orbene, nel passo di Paolo, di cui ci occupiamo, i tre paragrafi riportati nel Digesto riferiscono decisioni che riguardano:

pr. nullità della stipulatio perchè la prestazione è 'natura' impossibile.

§ 1. per divieto della legge [lege],

§ 2. si ad interrogationem quis non responderit.

La coincidenza è perfetta. Perciò sagacemente il Lenel¹⁾ annotò al nostro fr. la rubrica 'de inutil. stipul.' richiamando in confronto il fr. 1 § 2, 3 h. t. estratto dal l. 48 di Ulp. ad Sabinum.

E qui appunto noi rinveniamo il modello per la ricostruzione del passo di Paolo, il quale indubbiamente nel § 2 in esame doveva trattare non della locatio e della emptio, ma della nullità della stipulatio, per la incongruenza della risposta alla interrogazione del futuro creditore.

Il § 2 cit. del testo ulpiano suona così nei Digesti:

Si quis interroget dabis? responderit quid ni? et is in ea causa est ut obligetur, *contra* si sine verbis adnuisset.

Ma nemmeno questo squarcio è genuino, e ai fini della nostra indagine interessa determinare preliminarmente come e perchè fu alterato dai Bizantini.

La dimostrazione di quest'assunto fu da me data in altro scritto²⁾, nel quale io ricomposi il tratto di Ulpiano così:

Si quis interrogatus dabis? responderit quid ni? et is in ea causa est ut (non) obligetur: (multoque magis)³⁾ si sine verbis adnuisset.

E per verificare anche in questo luogo la mia ricostruzione, basterà il richiamo di alcuni confronti e del principio che domina la trattazione ulpiana nei §§ 2, 3 citati.

¹⁾ Pal. I c. 1285 n. 4, 5. E già D. Gotofredo apud Theophil. III, 19 (p. 643 n. b). confrontava il testo di Paolo, per l'ordine della materia, con il principio del titolo Inst. 3, 19.

²⁾ Cfr. *Zeitschrift S. S.* v. 35, p. 247, 255 segg.

³⁾ Nello scritto cit. ricollegai le due decisioni con (item); avverbio inadatto nella specie, perchè non rende la proporzione dal minus ad maius, che è negli esempi.

Ulpiano, come di solito, illustrava ampiamente il caso d'incongruenza della risposta alla interrogazione, considerandola prima rispetto alla forma (§ 2) e poi rispetto al contenuto (§ 3).

E appunto in quest'ultimo paragrafo, in cui tratta della disuguaglianza sostanziale, egli dice nulla la stipulazione: non enim sic respondit, ut interrogatus est. Che la stessa conseguenza doveva derivare dalla incongruenza puramente letterale, non è dubbio; perchè Ulpiano vi accenna di nuovo nel § 6 del passo medesimo, dove, pur ammettendo che la risposta possa essere data in altra lingua, e cioè in greco, cura di avvertire: dummodo congruenter respondeatur. La stessa frase egli ripete, sempre per il requisito della forma, a proposito della acceptilatio, la quale similmente può esser fatta in lingua greca: dummodo sic fiat ut latinis verbis solet¹⁾. Nella stipulatio dunque la congruenza verbale era pure di rigore, come per altro Paolo e Modestino attestano nel darle la definizione: S. II, 3, 1 Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut spondes? spondeo *et.*; fr. 52 § 2 D. 44-7: congruens responsio. Ciò è ovvio. Si tratta di forma solenne e perciò inalterabile appunto negli elementi esteriori, verbali. In questo senso si devono intendere le formole della stipulatio riportate da Gaio III, 92 e da Paolo nel l. c. E la prova più diretta di ciò è fornita dal tratto genuino delle I. III, 16, 1: *sufficit*²⁾ congruenter ad interrogata respondere, dove la frase congruenter ...respondere non indica altro che la coincidenza verbale della risposta alla domanda, anche se data in lingua diversa³⁾.

Onde si deve escludere nella maniera più assoluta che Ulpiano avesse potuto dichiarare costituita la stipulatio con una risposta qualsiasi, adesiva alla domanda, come è quella quid ni?

Se un progresso in tal senso fosse stato compiuto nel periodo classico, noi dovremmo averne direttamente o indirettamente indizi sicuri. Esempi di attenuazione di forme verbali sono con diligenza riferiti da Gaio. Così a proposito della adstipulatio egli dice III, 112: ceterum

¹⁾ Cfr. 7 D. 46, 4: accepta facis? ... facio.

²⁾ L'esemplare classico doveva avere invece di *sufficit* la costruzione con l'avv. dummodo, come nel testo di Ulpiano cit.

³⁾ Esempi tratti da scrittori giuridici che contrastino la mia osservazione non n'esistono, salvo il quid ni? del testo di Ulpiano, sul quale la opinione comune si appoggia cfr. SCHRADER, *Inst.* p. 496.

potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos uti sumus. Per la nomina del cognitor¹ ne abbiamo notizia dai V. F. 318 in confronto a Gai IV, 83.

La stipulatio invece non subì alcuna alterazione fino alla riforma di Leone, e Ulpiano cura di avvertire che l'acceptilatio se fatta in lingua greca deve esser concepita ut latinis verbis solet: ἔχσεις λαβών... ἔχω λαβών [fr. 8 D. 46. 4.]

E pertanto per le considerazioni fatte sugli elementi finora riferiti credo si possa con sufficiente certezza ricostruire il passo di Paolo nel modo che segue:

Si in stipulatione ad interrogationem quis congrue non responderit; puta si interrogatus dabis? responderit quid ni? quamvis consentiat²) in id, quod responsum est, non valet quod actum est, quia stipulatio non tam consensu quam verbis confirmatur³).

Per comodità del lettore ho fatto riprodurre con caratteri spazianti le parole che furono soppresse o spostate dai Compilatori; e il breve squarcio riflette ora come uno specchio l'opera e la mente degli artefici.

Per accomodare il testo a negozi non solenni, essi dovettero sopprimere alcuni elementi caratteristici, propri alla stipulatio, mentre quelli superstiti divennero tra loro incongrui. Al termine 'stipulatio' sostituirono una volta 'locatio e emptio', altra volta 'contractus'. E infine dovettero invertire la decisione, sopprimendo un 'non', e mutando la collocazione delle due parole 'consensu' 'verbis', che rappresentano l'elemento caratteristico delle due categorie di negozi; onde soppressa la 'stipulatio' i verba dovettero pure cedere al consensus il posto preminente: 'non tam *verbis* quam *consensu*'.

¹) Cfr. EISELE, *Beiträge*, p. 134 segg.

²) Hal. ha *consentiat* e Codici Volgati presentano forme varie: *consentiat*, *consenserit* etc. cfr. Mo. ed. maior; ma si tratta evidentemente di correzioni che per la critica non hanno che un valore relativo.

³) Nella restituzione dell'ultimo periodo altri preferirebbe forse riprodurre la massima nella forma più recisa e che occorre più di frequente - non consensu sed verbis. - Ma è prudente non distaccarsi in questo punto dal testo; perchè, come vedremo più oltre, la giurisprudenza più recente diede rilievo anche al consensus nei negozi solenni; onde la frase 'non tam... quam', che stabilisce un rapporto di subordinazione tra i due elementi, risulta adeguata.

Il motivo che indusse i Commissari a compiere siffatte operazioni con solerte studio è qui palese. Essi avevano alterato, poco prima, il fr. 1 § 2 h. t. di Ulpiano, per attenuare la forma della stipulatio in armonia alla prescrizione di Leone¹⁾ dell'a. 472; e trovatisi di fronte al passo di Paolo, perfettamente identico nella sostanza, furono posti nella condizione o di compiervi la stessa imbastitura o di eliminarlo o di adattarlo in altra guisa a negozi iuris gentium, con l'evidente vantaggio, in quest'ultimo caso, di ricordare nel tit. 45-1, in sede di negozi solenni, la massima fondamentale della libertà di forma per i negozi consensuali.

Il testo di Paolo, nella redazione giustinianea, non ha, come dissi, importanza alcuna. Ma esso merita d'essere segnato per la diagnosi delle interpolazioni. Ed invero, per quanto ormai edotti del largo uso fatto dai Compilatori dei loro poteri mutando come che sia i testi classici, pure l'esperienza particolare che si raccoglie dalla critica del passo di Paolo insegna o mette in maggior evidenza due verità:

La prima, che i Compilatori al posto della 'stipulatio' surrogarono delle volte la parola 'contractus' ovvero tipi di negozi iuris gentium, in primo luogo 'emptio, locatio'; ed è ovvio supporre che surrogazioni simili essi abbiano operate, e con più frequenza, al posto di termini considerati arcaici ovvero designanti istituti aboliti, come 'actus', 'mancipatio', 'in iure cessio', 'dotis dictio', 'litterae' etc.; ed è ancora da presumere, di conseguenza, che mediante quelle surrogazioni siano state accuratamente soppresse trattazioni teoriche dei giuristi, molto perspicue per la conoscenza dei negozi solenni, e anzi per ciò più esposte a gravi manomissioni da parte dei Bizantini.

Di questa categoria di surrogazioni vedremo esempi insigni nel corso del presente lavoro; mentre di altre che si manifestano in testi più piani, e che non ebbero per ciò conseguenze di sorta nelle dottrine relative, riferirò in maniera succinta.

La seconda verità è la seguente: che i testi più banali del Corpus iuris, e anche i più assurdi, assumono ora alla luce della critica una speciale importanza e spesso grande rilievo, perchè essi nascondono 'sotto il velame delli versi strani' un vero tesoro di scienza, che affiora appena e risplende tra quelle rabberciature; e mentre il

¹⁾ Cod. VIII, 38, 10; Ist., III, 16, 1.

miscuglio di elementi genera a volte nel contrasto l'assurdo indecifrabile, l'opera purificatrice della critica ritrova in quei luoghi i fondamenti più saldi per chiarire il processo evolutivo del diritto e procedere alla ricostruzione della dogmatica giuridica.

E solo con queste indagini complesse, e con costanza di metodo, potremo noi attuare veramente il programma: *attraverso il diritto romano, al di là del diritto romano.*

SALVATORE RICCOBONO.

Sulla “ in diem addictio ” e sulla “ lex commissoria ” nella vendita

Dai più recenti trattati di diritto romano puro si rileva che le due clausole sopra menzionate furono concepite dalla giurisprudenza romana classica dapprima come condizioni sospensive (opinione di Sabino), in seguito, per influenza di Giuliano, come patti di risoluzione di una vendita pura: ma che nel diritto classico più recente si sarebbe ammesso il loro valore di condizione sospensiva o di patto di risoluzione a seconda dell'intenzione delle parti, salvo per la lex commissoria una presunzione a favore del patto di risoluzione. Così Girard, *Manuel*, 6^a ed., p. 733, nota 5; così Mitteis, *Röm. Privatrecht*, I, p. 184, nota 66: cfr. Bechmann, *Kauf*, II, p. 503 sgg.; 520 sgg. L'esame dei testi mi ha però convinto che il punto d'arrivo della delineata evoluzione storica, attribuito al diritto classico più recente, sia invece da attribuire al diritto giustiniano. Faccio all'uopo seguire alcune note esegetiche, chiedendo venia se manca un apparato bibliografico; la sua assenza non indica affatto la pretesa di dir sempre cose nuove. In conclusione poi ciò che importa è vedere se il risultato possa accettarsi come verosimile.

I.

In diem addictio. La formula di questa clausola è così riferita da Paolo in Dig. 18, 2, 1: *In diem addictio ita fit*: « ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis ... meliorem condicionem fecerit ». E noi riteniamo che si trattasse di una clausola di stile, che aveva assunto negli usi secolari una figura stereotipa (la si ritrova notoriamente negli stessi termini in Plauto, *Capt.*, 1, 2, 76); e che ad essa sola i romani

attribuivano il nome di *in diem addictio*. Ne è un indice l'*ita fit* del testo di Paolo sopra trascritto (che commenta Sabino); e lo conferma Paolo stesso in Dig. 41, 4, 2 § 4 dicendo: Si in diem addictio facta sit, *id est*: nisi si quis meliorem condicionem attulerit.

Il contrario si trova ad es. affermato dal Bechmann, con richiamo a Dig. 18, 2, 4 § 3 (Ulp. 28 ad Sab.):

Marcellus ... scribit pure vendito et in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset.

Da questo passo cioè egli crede di poter ricavare che fosse designata come *in diem addictio* anche una clausola formulata nel senso che la vendita si dovesse considerare risolta *si melior condicio allata fuisset*. Ma è un equivoco. Le parole segnalate in corsivo non sono un brano di formula, perchè sintatticamente non vanno unite con la frase precedente: in diem addicto fundo; ma con la frase susseguente: rem pignori esse desinere. Lo impone il costrutto, giacchè altrimenti l'affermata estinzione del pegno mancherebbe di giustificazione; oltre a ciò il testo darebbe un senso assurdo. Il giurista dice unicamente che in caso di in diem addictio (la cui formula è presupposta nota), il pegno costituito sulla cosa dal compratore si estingue se si ha una migliore offerta. Del resto la prova provata si ha in Dig. 20, 6, 3, dove Ulpiano, con innegabile riferimento a questo stesso luogo di Marcello, ne riproduce così il concetto: Marcellus ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata.

La nostra convinzione appare poi corroborata da Ulpiano in Dig. 6, 1, 41 pr.:

Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. *Sed et si cui in diem addictus sit fundus*, antequam adiectio facta sit, uti in rem actione potest; postea non poterit.

Questo frammento ha dato luogo a difficoltà, ed ha provocato una serie di tentativi di spiegazioni zoppicanti, perchè è apparso sorprendente che Ulpiano, dopo aver trattato del patto: «ut recedatur ab emptione, si alius meliorem condicionem attulerit», passi a dire che

lo stesso trattamento debba farsi alla *in diem addictio*, mentre (a parere degli autori) si è in presenza della stessa convenzione. Ma è appunto questo che non è vero; e la sorpresa cessa se si ammette che il primo patto per Ulpiano non era una vera e propria *in diem addictio* perchè non aveva la formula di stile, cui soltanto era dato questo nome.

La constatazione ora fatta non ha un semplice valore formale. Essa serve, a parer nostro, come vedremo, a spiegare la posizione esclusivista volta a volta assunta dalla giurisprudenza classica nella interpretazione del patto; ma intanto serve per lo meno a spiegare come circa l'interpretazione della *in diem addictio* (considerata in genere e non con riguardo a singole formulazioni del patto) si siano potuti avere dei dispareri nella giurisprudenza romana: se cioè (cosa da tempo rilevata) essa fosse da considerare condizione sospensiva, o patto di risoluzione d'una vendita pura. Ben si vede in fatti che, se sotto il nome di *in diem addictio* fosse stata intesa anche una clausola: *ut recedatur ab emptione*, si *melior condicio allata fuerit*, non avrebbe avuto senso far detta quistione in tesi generale cioè per la *in diem addictio* come tale.

Invece, se per *in diem addictio* non si intendeva che la clausola avente la formula sopra indicata, si comprende come il suo contenuto abbia potuto dar luogo ad interpretazioni diverse, perchè la dizione: *fundus emptus esto, nisi si quis mel. cond. fecerit*, esteriormente almeno, rendeva la figura di una vendita sotto condizione sospensiva negativa.

Ed in realtà Paolo in Dig. 41, 4, 2 § 4 ci informa che una parte della giurisprudenza aveva sostenuto la versione che la vendita munita di *in diem addictio* fosse vendita condizionale: « *alii et hanc (emptionem) sub condicione esse contractam (putaverunt)* ». Sotto questi *alii* debbono intendersi i più vecchi giuristi sino a Giuliano. Sabino aveva indubbiamente l'accennato concetto. Tutti i testi dove egli è citato lo rivelano: quando tratta della efficacia o meno di una offerta posteriore egli formula sempre la quistione nel senso: cui *empta est res?* (Dig. 13, 2, 4 § 5; 11 § 1; 14 § 1); e principalmente nella L. 11 pr. h. t. dice in modo espresso che, mancando fin da principio la possibilità di una migliore offerta, (almeno come egli crede) *res prioris emptoris statim fit* (la vendita si perfeziona subito in testa al primo

compratore, perchè è in realtà pura e non condizionata). Nè Sabino è il solo rappresentante di tale concezione. Pomponio è certamente suo seguace (e ciò va tenuto presente). Anch'egli si prospetta la questione dell'efficacia d'una migliore offerta con la domanda: cui empti est res? (Dig. 18, 2, 15 pr.) e particolarmente denuncia il suo modo di vedere quando in L. 15 § 1 cit, dice: prior venditio *valet*, quasi melior condicio allata non sit.

Ma la stessa L. 2 § 4 Dig. 41, 4 sopra menzionata attesta che Giuliano reagì contro questa interpretazione della anteriore giurisprudenza, patrocinata tuttora da Pomponio, e sostenne che la vendita con *addictio in diem* era *perfecta* sin dall'inizio (*perfectam esse emptionem*) nel senso notoriamente antitetico a *condizionato* che i classici davano a questo aggettivo; sostenne cioè che la vendita con la nostra clausola era una vendita pura con patto di risoluzione sotto condizione (*ille non contrahi emptionem, sed resolvi dicebat sub condicione*). Fin qui ho tratto profitto da osservazioni già fatte, specialmente dal Bechmann e da altri; ma credo di dover andare più in là ed asserire che dopo Giuliano la giurisprudenza non ha inteso la *in diem addictio* altrimenti che come patto di risoluzione di vendita pura. Africano naturalmente è del parere del suo maestro perchè in Dig. 18, 2, 18 parla di *discedi a priore emptione* nel caso di migliore offerta. Marcello, nei testi sopra esaminati presuppone chiaramente che, in *in diem addictio fundo*, la vendita è pura e produce i suoi effetti, giacchè ammette che il compratore possa costituire un valido pegno sulla cosa. Paolo, nella citata L. 2 § 4, Dig. 41, 4 si associa senza esitazioni all'opinione di Giuliano (*quae sententia vera est*).

Ed anche Ulpiano in una serie di testi mostra di intendere l'*addictio in diem* come tale (in tesi, non in ipotesi) come patto di risoluzione di vendita pura. Ciò è evidente in Dig. 18, 2, 6 § 1, dove egli dice che, se il primo compratore esercita il suo diritto di preferenza in confronto ad altri migliori offerenti *emptio remanet apud priorem emptorem*. È evidente in Dig. 6, 1, 41 pr. (testo trascritto sopra), dove il giurista dice che per l'*addictio* vale quanto vale per la clausola: « ut recedatur a priore emptione ». Emerge poi in sostanza da molti altri testi in cui Ulpiano riferisce senza opposizione le opinioni di Giuliano e di Marcello, traendone anzi delle conseguenze del suo, come fa quando dalla validità del pegno costituito dal compratore, ammessa

da Marcello, deduce che *emptor medio tempore dominus est, alioquin nec pignus teneret*.

Alla mia tesi si obietterà che Ulpiano in Dig. 18, 2, fr. 2 e 4 pr. (lib. 21 ad Sab.) manifesta una opinione intermedia, per cui la *in diem addictio* è una condizione sospensiva o un patto di risoluzione a seconda della intenzione delle parti.

fr. 2: *Quotiens fundus in diem addicatur, [utrum pura emptio est sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est]. Et mihi videtur verius [interesse quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est ut perficiatur emptio nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. § 1 Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est] Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere si res interierit...*

fr. 4: *[Ubi autem condicionalis venditio est] negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere*

Ma qui sta il punto. Sono genuini questi frammenti, o sono stati alterati nei limiti da me indicati con parentesi quadre? Io credo a questa seconda versione; credo cioè che l'opinione intermedia sia stata imprestata ad Ulpiano dai compilatori giustiniane. È infatti già poco verosimile che Ulpiano sia qui assertore di una tesi intermedia mentre in altri luoghi che abbiamo citati non transige sulla interpretazione della *in diem addictio* come patto di risoluzione. Non mancano poi elementi di forma atti a destar sospetti; la dizione *emptio condicionalis* (Beseler), e sul principio l'ingiustificato mutamento di modo: *utrum ... est; an ... sit*. Ma la prova palmare, come a me sembra, del guasto si ha nel § 1 della L. 2, dove è richiamata la distinzione fatta nel principium. Quivi si fa dire ad Ulpiano che Giuliano ammetteva l'usucapione a favore del primo compratore nel solo caso che le parti avessero inteso la vendita come pura (*ubi ... pura venditio est*). Ciò non è vero, perchè, giusta la testimonianza di Paolo nella cit. L. 2. § 4, 41, 4, Giuliano ammetteva l'usucapione e l'acquisto dei frutti sempre e senza distinzione di intenzione delle parti (*si in diem addictio facta sit ... fructus emptoris effici et usucapionem procedere Iu-*

lianus putabat). Or siccome Ulpiano non può aver falsificato Giuliano, la frase: *ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est*, appartiene certamente ai compilatori. Ne deriva che è di loro fattura anche la distinzione esposta nel pr. e che è qui richiamata. Una conferma si ha nella L. 4 pr. Noi abbiamo veduto che Pomponio era seguace dell'interpretazione della nostra clausola come condizione sospensiva; quindi Ulpiano non può avergli attribuito la soluzione negativa circa l'acquisto dei frutti e l'usucapione *pel caso* che la clausola avesse tale valore (per Pomponio l'aveva *sempre*). Perciò anche la frase: *ubi autem condicionalis venditio est*, che fa riscontro all'altra sopra esaminata, è interpolatizia. Basta del resto ravvicinare il § 1 della L. 2 ed il pr. della L. 4 per convincersi che quanto era riferimento di un contrasto di opinioni tra Giuliano e Pomponio sulla quistione dell'usucapione e dei frutti è stato trasformato in una distinzione conciliativa.

In realtà Ulpiano, coerentemente agli altri suoi testi sopra citati, non deve aver nemmeno detto che a suo tempo v'era quistione sull'interpretazione della *in diem addictio* (abbiamo indicato gli elementi formali che gettano il sospetto sul principio della L. 2 ove appare: *quaestionis est*), ma, commentando Sabino, deve avere menzionato la vecchia opinione, associandosi alle tesi giuliane; e sul punto dell'usucapione e dei frutti deve essersi dichiarato per Giuliano contro Pomponio. Come credere altrimenti, se nei paragrafi successivi della L. 4 Ulpiano continua a riferire le opinioni di Giuliano e di Marcello accettandole senza neppure discuterle? È vero che nel § 5 della stessa legge inciampiamo nuovamente nella stessa distinzione: *cum igitur tunc recedatur ab emptione (ubi purè contrahitur) vel tunc non impleatur (ubi sub condicione fit), cum melior condicio allata sit*, — a proposito di una soluzione di Sabino che invece certamente non concepiva la nostra clausola che come condizione; ma anche questa distinzione non può essere che compilatoria. Fortunatamente essa è stata fatta con la stessa forma della prima: *ubi ... ubi*. — Il risultato pertanto sarebbe questo: prima di Giuliano la giurisprudenza classica interpretava la *in diem addictio* unicamente come condizione sospensiva; da Giuliano in poi non la intese che come patto di risoluzione. Soltanto Giustiniano ha ammesso che potesse avere l'uno o l'altro valore a seconda dell'intenzione delle parti.

La ragione per cui la giurisprudenza classica ha bensì mutato interpretazione circa la nostra clausola, ma ad ogni modo non l'ha intesa che *o* come condizione sospensiva, *o* come patto di risoluzione, sta in ciò che, come vedemmo, essa era una clausola di stile, e le clausole di stile per poter funzionare come tali, non possono avere che *un solo senso*. Chi vuole discostarsi da esso, deve usare altre formule e non la formula di stile.

Giustiniano ha invece voluto diversamente con un assai problematico senso di opportunità, giacchè impone al giudice di andare caso per caso a scrutare l'intenzione delle parti che si son servite di una formula da lui presupposta ambigua, cioè priva della sua vera utilità pratica che appunto consiste, come in tutte le clausole consuetudinarie e di stile, nella eliminazione di ogni dubbio sulle intenzioni. Perciò egli ha messo a modo di etichetta la sua distinzione in capo al titolo 18, 2 del Digesto, e poi ha fatto seguire col solito disordine indifferentemente testi che presuppongono la costruzione della clausola come condizione sospensiva, e testi che presuppongono la costruzione di essa come patto di risoluzione, dando a tutti uguale valore di verità, cioè sopprimendo tutte le negazioni e le critiche della giurisprudenza postgiuliana alla giurisprudenza antecedente. A mio credere infatti tutto il titolo del Digesto deve essere pieno di alterazioni in questo senso.

II.

Lex commissoria. Anche per questa clausola noi crediamo si possa stabilire la sovrapposizione di una teoria giustiniana ad una teoria classica.

Anche essa era nell'epoca classica una clausola di stile, e per *lex commissoria* non si intendeva se non quella che recava la formula: « si ad diem pecunia soluta non sit (oppure - che è lo stesso - nisi pecunia soluta sit) ut fundus inemptus sit ». Il Bechmann lo nega implicitamente quando dice (Kauf, II, p. 520, nota 3) che *per lo più* (meist) era formulata così. Ma le Pandette non hanno traccia di altra formulazione: si cfr. Dig. 4, 4, 38 pr.; 18, 1, 6 § 1; 18, 3, 2; 5; 18, 5, 10 pr.; 41, 4, 2 § 3; 44, 3, 6 § 1. Inoltre Ulpiano in Dig. 18, 3, 4 pr. dice testualmente: « Si fundus *lege commissoria* venierit, hoc est, ut nisi intra

certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret. L'Eisele invero ha voluto eliminare questa spiegazione come superflua; ma egli non ha pensato che essa ha la sua ragione per l'appunto nell'esclusività del nome di legge commissoria per la formula ora indicata. Si aggiunga la L. 6 pr. 18, 3 in cui Scevola, *de lege commissoria* interrogatus, cioè interrogato su quella clausola che andava sotto tal nome, e non su un patto concreto, rispose: «fundus *inemptus fore*», indicando manifestamente che per legge commissoria intendeva quella tal formula che portava la dizione: ut fundus inemptus sit.

Il Bechmann (p. 529 sgg.) si fa forte di alcune costituzioni del codice, inserite nel tit. 4, 54 (*de pactis inter empt. et vend.*), dove sono ammassate parecchie convenzioni disparate. La cost. 3 ipotetizza infatti: «Qui *ea lege* praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium restitutum esset, *ad se reverteretur*; e l'A. dice non esservi ragione di ritenere che qui si tratti d'altro patto che della legge commissoria. Ma egli confonde il punto di vista dominatico e il punto di vista storico. Dominaticamente quel patto conduce agli stessi risultati della lex commissoria; ma che esso fosse identico al patto chiamato lex commissoria la costituzione non lo dice; anzi lascia indurre il contrario perchè ne riproduce il tenore dopo averlo caratterizzato come un patto speciale (*ea lege*: con questo patto concreto). E lo stesso imperatore (Alexander) nella successiva cost. 4 dimostra che, qualora si tratti della clausola di stile, sa decidere su di essa senza bisogno di riferirne il contenuto che è noto: commissoriae venditionis legem exercere non potest etc.

Lo stesso dicasi per la cost. 1 del medesimo titolo (Antoninus. a. 216): Si *ea lege* praedium vendidisti ut, nisi ... pretium fuisset exsolutum, emptrix arras perderet et *dominium ad te pertineret*, fides contractus servanda est. Qui, non solo è detto che si tratta di un patto speciale (*ea lege*); ma la necessità di sancire che è un patto valido ed obbligatorio (fides contractus servanda est) non si riuscirebbe a scorgere, se lo si considerasse identico a quello chiamato lex commissoria.

Dato il carattere di clausola di stile della lex commissoria, si ripete il fatto osservato per la in diem addictio: la giurisprudenza classica non la ha interpretata che in un solo senso, per quanto abbia variato nell'interpretazione in modo analogo, all'altra clausola.

Paolo in Dig. 41, 4, 2 § 3 attesta che Sabino intendeva anche la legge commissoria come condizione sospensiva (ma unicamente così), perchè negava che *medio tempore* corresse l'usucapione a favore del compratore. Lo si induce anche dal contrapposto tra *condicio* e *conventio* che Paolo statuisce; lo si rileva inoltre dal successivo § 4 in cui è detto che *anche* l'*addictio* (et *hanc*) era intesa come condizione sospensiva, con manifesto riferimento al caso nostro che precedeva immediatamente. Ma la concezione di Sabino appare superata per la *lex commissoria* assai prima che per la *in diem addictio*; e lo si comprende, perchè non poteva reggersi se non forzando in modo poco naturale in senso sospensivo il significato della frase *inemptus sit* della clausola di stile.

Di fatti troviamo ben presto intesa la nostra legge come patto di risoluzione (ma unicamente come tale). Così la interpreta Nerazio (che cita Aristone) in Dig. 18, 3, 5, perchè riconosce al compratore il diritto di percepire *medio tempore* i frutti *suo iure*; così Pomponio in Dig. 18, 3, 2, perchè presuppone passato il *periculum* al compratore, il che non potrebbe avvenire se non ritenesse la vendita *perfecta* nel senso tecnico, cioè non condizionata; così Scevola in Dig. 18, 5, 10 pr. perchè in caso di mancato pagamento, parla di *emptio irrita facta*; così da ultimo Ulpiano, il quale in Dig. 18, 3, 4 pr., trattando della *lex commissoria* in tesi, e dell'azione spettante nel caso di inadempimento, proclama: *et quidem finita est emptio* (ma ciò non ostante compete l'*actio ex vendito*).

Malgrado tutto ciò la dottrina ritiene che nell'ultima epoca classica la *lex commissoria* sia stata anch'essa intesa come condizione o come patto di risoluzione a seconda dell'intenzione delle parti (salvo questa volta una presunzione a favore del patto di risoluzione), perchè vi si crede costretta da un passo di Paolo e da un passo di Ulpiano. Il frammento di Paolo è la già citata L. 2 § 3 Dig. 41, 4:

Sabinus, si sic *empta sit*, ut, nisi pecunia intra certum diem soluta esset, *inempta res fieret*, non *usucapturum* nisi persoluta pecunia. Sed videamus utrum *condicio sit hoc an conventio*; [si *conventio est*] *emptio* (da inserire) *magis resolvetur quam implebitur*.

Ma a me sembra che il passo sia stato alterato dai compilatori. Di fronte alla decisione di Sabino che l'usucapione non corre medio tempore a favore del compratore, Paolo obietta che tutto dipende dal vedere se la clausola commissoria sia *condicio* oppure *conventio* (patto di risoluzione). Ma si badi che Paolo fa l'alternativa avendo in mira la clausola obiettivamente considerata e non dal punto di vista subiettivo dell'intenzione delle parti; non dice: Vediamo se questa clausola fu intesa come condizione o come patto; ma dice: Vediamo se questa clausola è condizione o patto. Dunque è chiaro che il giurista muove dal presupposto che la clausola non possa interpretarsi che o come condizione o come patto in senso esclusivo.

Invece l'ultimo periodo: *si conventio est*, magis resolvetur quam implebitur, presuppone che la clausola possa essere l'una e l'altra cosa, perchè decide che v'è risoluzione soltanto *qualora* la clausola valga *conventio*. Ciò implica necessariamente il ricorso ad un elemento subiettivo, l'intenzione delle parti, giacchè essa sola può decidere quale delle due alternative considerate egualmente possibili si verifichi in concreto.

Tra le due parti del testo v'è dunque manifesta contraddizione interna; onde è da ritenere che almeno la frase « *si conventio est* » sia un emblema. Essa è sostituita all'affermazione di Paolo che la clausola valeva sempre come patto di risoluzione; nè è possibile altrimenti, perchè Paolo poneva il dilemma; o condizione, o patto, e non può aver sentenziato che pel patto, dal momento che la tesi di Sabino era sepolta, come vedemmo, da gran tempo.

Il passo di Ulpiano è la L. 1 Dig. h. t. (18, 3):

Ulp. 28 *ad Sab.* Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvì emptio quam sub condicione contrahì videatur.

In questo frammento si è voluto leggere che la *lex commissoria* può interpretarsi come condizione o come patto di risoluzione, salvo che nel dubbio si deve considerare patto di risoluzione. Ma tutto ciò è fantastico. Il testo non dice una parola che autorizzi queste deduzioni. Ulpiano commenta Sabino e mira unicamente a respingere la concezione di Sabino; egli dice soltanto che la *lex commissoria* va a suo parere riguardata come patto di risoluzione e non come condi-

zione; egli parla dunque in senso esclusivo, ed in coerenza al concetto di patto decide in seguito nella L. 4 pr. sopra menzionata.

Che il testo di Ulpiano messo in relazione con l' interpolazione del passo di Paolo, possa avere *nella compilazione* il senso ad esso attribuito dalla dottrina, è probabile; ma è da negare assolutamente che questo fosse il suo senso originario.

Prof. CARLO LONGO.

L'ORIGINE STORICA

DELLA RESCISSIONE PER LESIONE ENORME

Che la rescissione della vendita per lesione enorme sia un istituto giustiniano è oggi una dottrina di cui i romanisti italiani non dubitano. L'alterazione dei due rescritti diocleziane (C. 4. 44. 2 e 8) fu affermata prima dal Thomasius (*Diss. ac.*, III, p. 62 sgg.) e più recentemente dal Gradenwitz, che nel suo articolo *Interpolazioni e Interpretazioni* (*Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, 2, p. 14) come esempi sicuri di interpolazione adduce le due leggi di Diocleziano. Contro la dottrina comune si è levato il Landucci¹⁾, il quale vorrebbe dimostrare che gli argomenti del Gradenwitz a sostegno dell'emblema sono inadeguati ed erronei e che i testi devono ritenersi genuini.

Sapendo che a combattere una paginetta del Gradenwitz il professor Landucci ha sferrato sessantasette pagine fitte degli *Atti del R. Istituto Veneto*, altri potrebbe credere che il ragionamento avverso non fosse poi così debole, se per demolirlo è occorso tanto im-

¹⁾ *Atti del R. Istituto Veneto*, 75, p. 1189 sgg. — Non da questa dissertazione, mi giova dichiararlo, sono stato indotto a studiare il tema della lesione enorme. Ci sono arrivato — il lettore forse lo indovinerebbe, anche se io non lo dicessi — dai testi che esamino più avanti e che riguardano la rescissione della vendita nell'interesse del minore. Il mio articolo è stato scritto nell'autunno del 1917 ed è vivace nella protesta contro le sciocchezze che volevano essere manifestazioni d'italianità e di patriottismo. Pubblicandolo oggi (settembre 1920), non ho nulla da mutare, perchè il mio disgusto non cambia nè si attenua. Contro la tesi del Landucci è ora anche ANDRICH, *Sull'origine della lesione enorme* in « Riv. ital. p. le scienze giur. », 63, p. 3 sgg. Ma sbaglia l'esegesi dei testi diocleziane e post-diocleziane, fermandosi a quelli commentati dal Landucci, e s'inganna col Thomasio ritenendo (p. 12 sgg.) che in C. 4. 44. 2 Diocleziano abbia accordato la rescissione, pur senza fissare il limite della metà.

piego di forza, ma che infine la dottrina dominante sia stata concitata per le feste. Pura illusione! ¹⁾ Il Landucci scrive senza risparmio, perchè è afflitto dall'idea che i romanisti italiani abbiano negato a Diocleziano la paternità dell'istituto solo per obbedienza al detto di un romanista tedesco. *Facit indignatio versus!* Se non che la nostra dottrina resiste al verboso attacco; e chi avesse la pazienza di leggerlo, vedrebbe che i miei maestri ²⁾ e colleghi meritano maggiore stima che non voglia il Landucci, e che essi hanno ritenuto l'origine giustiniana della rescissione per lesione, poichè furono convinti dalle buone ragioni e non perchè siano servi di nessuna autorità.

Qui peraltro non intendo ribattere le singole osservazioni del Landucci. L'indagine se un testo sia o no interpolato presuppone la conoscenza del metodo e qualche grano di buon senso. Per es. la c. 8 ha « electione iam emptori praestita servanda » e tutti i romanisti vi diranno che la frase è interpolata « sia per la forma, sia pel senso, perchè Diocleziano non ha potuto riferirsi così in un rescritto dell'a. 293 ad un altro del 285 (c. 2 cit.) ». Ma andate a dirle al Landucci queste cose! Egli non sa che una decisione enunciata alla fine del testo con l'ablativo assoluto è sempre sospetta ³⁾. E per la sostanza vi replica (n. 17,

¹⁾ Il primo a meravigliarsi di averla nutrita sarà il SIOTTO-PICTOR, appena sbollito l'entusiasmo, sotto l'onda del quale gli è avvenuto di scrivere (*Rivista di dir. pubblico*, XI, 1919, p. 104) « di questa infatuazione, spesso grottesca, per la scienza germanica ha illustrato un esempio veramente caratteristico il prof. Lando Landucci nel suo sapiente ed interessantissimo scritto ecc. ».

²⁾ Nella sobria dimostrazione del Gradenwitz non sono fissati precisamente i limiti dell'emblema di C. 4. 44. 2. Il BONFANTE, *Istituzioni*⁵, p. 458, n. 1 lo fa cominciare da « humanum est ». Io ho un'altra idea, che spiegherò poi; ma riconosco che giustamente il Bonfante ha avvertito la maggiore ampiezza dell'interpolazione. Che pensa il Landucci? Rimprovera (n. 38) il Gradenwitz di non lasciar capire « dove comincia e dove finisce l'interpolazione » e in pari tempo censura (n. 27) il Bonfante di ammettere un'interpolazione più vasta, pure scusandolo di essere caduto in un « equivoco » per la poca chiarezza dello scritto del Gradenwitz. Ma questa nota il Landucci afferma di avere composta « per riguardo all'egregio collega Bonfante », il quale (oh l'ingrato!) nella 6ª edizione, p. 472 n. 1, conserva l'« equivoco » e respinge i ragionamenti landucciani dicendoli « poco persuasivi ». Non è risparmiato (n. 28) nemmeno il Ferrini, che nell'*Enciclopedia giur.*, v. *Obbligazione*, p. 742 sgg. « *aggravo* l'opinione del Gradenwitz » ritenendo interpolata nella c. 8 anche la parola *paulo*. Noi diciamo invece che il compianto romanista lombardo ha precisato e completato l'osservazione del Gradenwitz.

³⁾ Perchè la nostra accusa non sembri eccessiva, si legga la p. 1195 e la n. 42. Il Landucci si ritiene dispensato dal provare, ciò che gli sarebbe troppo facile,

41, 81) che ciò che non si può ammettere è anzi il rinvio da parte dei compilatori giustinianeî ad una costituzione dello stesso titolo 4, 44, mentre è del tutto naturale e logico che Diocleziano si richiamasse alle decisioni date in rescritti precedenti ¹⁾. Ora, se questa obiezione mi venisse da un giovane studente, gli farei osservare che il destinatario del secondo rescritto non avrebbe saputo dove andare a cercare il primo e avrebbe corso il pericolo di non capire che cosa fosse l'« electio iam praestita », perchè dei rescritti la pubblicazione non era necessaria, e il supplicante che avesse ricevuto dall'imperatore quella risposta non poteva consultare una raccolta delle leggi e dei decreti. Nella c. 2 troviamo scritto « rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit » ed il Landucci (p. 1194 sgg.) ritiene che l'alternativa possa anche essere genuina ²⁾. Mi sarebbe facile convincere dell'errore l'uomo più candido, invitandolo a riflettere che il rescritto decide un caso concreto sottoposto all'imperatore e la petizione doveva dichiarare da chi effettivamente la vendita era stata conclusa, se dal padre o dal figlio. Ma, poichè quelle considerazioni piacciono al Landucci e le altre che egli esprime hanno su per giù lo stesso sapore, giova che io risparmi ai lettori una polemica vana ³⁾.

che le cinque parole *electione iam emptori praestita servanda* « sono tutte di uso legale già a' tempi de' classici giureconsulti » e rinfaccia al Gradenwitz di non aver dimostrato che la forma sia in contrasto col latino del terzo secolo di Cristo. Se non che il Gradenwitz a prova dell'emblema adduceva il criterio *stilistico*, non quello *linguistico*; e il torto suo è stato di scrivere per coloro che i metodi diagnostici delle interpolazioni possiedono e distinguono rettamente.

¹⁾ Cfr. anche n. 54.

²⁾ Cfr. anche n. 55.

³⁾ Preferisco riportare dall'articolo del BRASSLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis im byzantinischen Rechte*, nella « Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss. », 27 (1912), p. 261 sgg. alcuni periodi, che il Landucci non ha conosciuto e nei quali è la condanna anticipata di tutte le sue fatiche.

« Die Vorschrift der c. 2 Cod. gibt nun in der Tat - von allen formalen Momenten zunächst abgesehen - vom rechtlichen Standpunkt aus zu schweren Bedenken Anlass. Ich möchte diesbezüglich auf folgende bisher noch nicht beachtete Umstände aufmerksam machen. Die hier getroffene Neuerung geht viel zu weit, als dass man annehmen könnte, sie sei in der Entscheidung über einen konkreten Urteilsstatbestand (der dem Kaiser von einer Privatperson vorgelegt wurde) getroffen worden. Die rescripta principum haben allerdings vielfach, wo sie das geltende Recht interpretieren, besser gesagt, zu interpretieren vorgeben, neue Rechtssätze aufgestellt. Aber derartige praktische Festsetzungen, wie die Bestimmung einer fixen, unwandelbaren Grenze bei der laesio enormis können unmöglich in der Erledigung eines Rechtsstreites erfolgen. Es wird in der ganzen Welt keinen Richter

Ho scritto le pagine qui appresso volendo segnalare alcuni testi che riguardano il tema della lesione e che non sono stati utilizzati per la storia dell'istituto¹⁾.

*
**

C. 4. 44. 12 - DIOCLETIANUS (senza data).

Non ideo minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumptibus necessariis urgentibus [non vilioris pretii vel urgente debito] te distraxisse contendis, rata manere debet. Illicitis itaque petitionibus abstinendo ac pretium, si non integrum solutum est, petendo facies consultius.

« Vel urgente debito » è insiticio, perchè il venditore avrebbe potuto essere forzato alla vendita da entrambi i motivi, la necessità di far denaro per sopperire alle spese del « munus » e per pagare i debiti; ma, se il motivo è stato uno, non può nella supplica averne in-

geben, der in einem Urteil einen relativen Massbegriff so anwendet, dass er ohne Analogie eine fixe Grenze festsetzt und sich so selbst für alle späteren Fälle die Möglichkeit individueller Beurteilung entzieht. Die gesetzgebende Tätigkeit des reskribierenden Kaisers würde aber noch viel weiter gehen. Von der Anfechtbarkeit des Kaufes wegen übermässiger Läsion findet sich noch im dritten Jahrhundert keine Spur. Und ein völlig neues Gesetz, das absolut keine Stütze in dem übergekommenen Rechtszustand hatte, sollte auf ein bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft Anwendung finden und so der Kauf ex rescripto aufgehoben werden! Das halte ich für undenkbar; denn Diokletian hat in einem Reskript aus dem Jahre 293 (c. 3 Cod. h. t.) ausdrücklich betont:

De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro...».

Nè solo questa pagina di buon senso avrebbe potuto con suo profitto studiare il Landucci; avrebbe anche visto che il Brassloff accetta e loda l'opinione espressa dal Gradenwitz nella « sehr lehrreichen, aber wenig beachteten Abhandlung » del Bullettino. Ma che sarebbe allora avvenuto delle sue denigrazioni? Con quale fronte avrebbe continuato il Landucci a meravigliarsi che i tedeschi ignorino « la proposta del Gradenwitz, che invece gli italiani levano a cielo »? (n. 12 e 18). L'ignorano, perchè fu pubblicata in una rivista italiana, e non perchè l'idea fosse erronea e inaccettabile da altri che non siano gli ingenui o i cattivi italiani, come vorrebbe far credere il Landucci.

¹⁾ I testi di cui dirò servono anche a confutare l'opinione del Thomasius, la quale non dispiace al BAVIERA, *Mélanges Girard*, I, p. 107 n. 1, che l'innovazione di Giustiniano rimpetto al diritto diocleziano debba limitarsi al calcolo aritmetico della metà.

dicati due a scelta. « Non vilioris pretii » è peggio che ingenuo. Se il petente avesse venduto per un prezzo giusto, non si sarebbe lamentato della distretta economica che l'aveva messo nella necessità di vendere: ma, poichè si querela, è chiaro che pensa di aver concluso un cattivo affare. Tuttavia l'imperatore gli negava la rescissione; mentre avrebbe dovuto decidere diversamente, se avesse badato alla viltà del prezzo. « Non vilioris pretii » è stato aggiunto dalla stessa mano che in C. 4. 44. 8 e 15 ha inserito « paulo »; l'interpolazione dell'ultimo testo è provata dal confronto con la costituzione genuina di C. Th. 3. 1. 4.

Sono dunque tre nel titolo « de rescindenda venditione » i rescritti di Diocleziano che i commissarii giustinianeî hanno aiterato. Ne troviamo un quarto in un titolo vicino, C. 4. 46 « si propter publicas pen-sitationes venditio fuerit celebrata ».

Il pr. della c. 2 ci è stato conservato dal Vat. fr. 22, che è molto lacunoso e che io riporto nelle parole leggibili, omesso ogni supplemento.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Atinia Plotianae. Si deserta praedia ob cessationem colationum vel reliqua tributorum ex permissu praesidis ab his, quibus periculum exactionis tributorum imminet, distracta sincera fide iusto pretio sollemniter comparasti, venditio ob sollemnes praestationes necessitate facta convelli non debet.

1 Diocletianus et Max
2 cessationem conlation
3 vera fide comparasti et ven
4 facta convelli non d

A colpo d'occhio si vede che il testo giustiniano è largamente rimaneggiato e che i 4 rigghi del Vaticano non potevano contenere tutto quello che si legge nella c. 2 del Codice. Ma per il nucleo centrale « vel reliqua... distracta » non dobbiamo avventurarci nell'impresa sempre rischiosa di una restituzione e ci contenteremo di notare che « vel reliqua tributorum » è certamente spurio, per la solita ragione che Atinia Plotiana rivolgendosi all'imperatore deve aver dichiarato il vero motivo della vendita dei fondi, anzichè lasciare a Dio-

cleziano il piacere di indovinarlo fra i due alternativamente indicati ¹⁾. Per noi importa di più constatare che *iusto pretio* manca al Vaticano. Non c'è tra « vera fide » e « comparasti », ossia nel luogo in cui ce l'offre il Codice giustiniano; e non poteva stare dopo « comparasti », perchè, comunque si vogliano integrare le lettere *et ven* ²⁾, par chiaro che esse iniziano una nuova proposizione. *Iusto pretio* è dunque un'aggiunta di quei commissarii giustinianeî, che non avrebbero potuto lasciar passare l'affermazione « convelli non debet », se la vendita avesse contenuto una lesione ³⁾.

Tiriamo un poco le somme. Alla lesione nella vendita si riferiscono 4 testi ⁴⁾, tutti interpolati. E di due l'interpolazione è dimostrabile con la critica interna, degli altri addirittura col confronto dei testi originari pervenuti sino a noi. Il Gradenwitz, che recava esempi di emblemi qua e là nel *Corpus iuris*, era padronissimo di citarne due, uno o magari nessuno in tema di lesione; ma il Landucci aveva l'obbligo di conoscere ed esaminare tutti i luoghi relativi al tema da lui trattato *ex-professo*. Invece ne ignorava la metà. E carico di questa soma impugnava la ferula per flagellare il servilismo dei romanisti italiani e montava in cattedra per insegnarci il vero diritto di Diocleziano, nonchè l'indipendenza scientifica. Passiamo oltre, chè lo spettacolo non è decente.

¹⁾ Con la loro giunta i compilatori perseguono qui, come in C. 4. 44. 12, lo scopo di dare al rescritto una portata più generale, eliminando il dubbio che la soluzione abbia a valere soltanto nella specie particolare di fatto ivi contemplata.

²⁾ Il MOMMSEN supplisce « et venditionem sollemniter perfecisti ».

³⁾ Tanto più dobbiamo rallegrarci di aver colto in flagrante i compilatori, in quanto nel caso l'emblema avrebbe potuto essere incerto. Si trattava infatti di una vendita fiscale e il fisco supera molte barriere. In D. 18. 5. 9 Scevola (4 dig.) ci narra che un fondo era stato venduto « ob vectigal rei publicae » e poi « cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, praeses provinciae rescidit venditionem ». La rescissione è autorizzata nell'interesse del municipio, a cui si vuol fare avere l'intero « vectigal »; ma è presumibile che Lucio Tizio non penserebbe a riscattare il fondo, se esso non valesse nemmeno l'ammontare del « vectigal », sicchè probabilmente la vendita era stata conclusa ad un prezzo troppo basso.

⁴⁾ Per l'interpolazione di « aut minoris quam debuit vendidit » in D. 16. 3. 2 (PAUL. 31 ad ed.) cfr. ZACHARIAE, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 4, p. 56 n. 5; LENEL, *Palting.*, I, p. 1027 n. 1; SCHULZ, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 27, p. 137 n. 2. Ma l'emblema non prova l'origine giustiniana della lesione, potendosi supporre che con esso i compilatori abbiano voluto dar risalto all'istituto diocleziano. Che cosa ragioni in proposito il LANDUCCI, p. 1194 e n. 33, non mi è riuscito di capire.

*
**

Altri rescritti si possono e si debbono ricollegare ai quattro sopra citati. C. 2. 20. 5 dell'a. 293 suppone che la figlia emancipata abbia transatto col padre tutore sui conti della tutela e decide « perspicis... si... acceptilatio subsecuta est, nullam tibi iam superesse actionem ». Ciò che segue è stato dimostrato emblematico dal Riccobono ¹⁾.

Sane si laesa es immodice liberatione sollemniter per novationem atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.

Non solo nella vendita, ma anche nella transazione, i Giustiniani cercarono con varii mezzi di reprimere la lesione immodica ²⁾: E non dimenticarono nemmeno l'*aestimatio dotis*.

C. 5. 18. 6 - DIOCLETIANUS (a. 290 vel 293).

Si circumscripta matre vestra vilior pretio dotales res aestimatae sunt, quid super huiusmodi contractuum vitio statutum sit, vulgo patet. 1. Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram iniqua aestimatione circumscriptam apud praesidem provinciae evidentibus probationibus ostenderitis, quando possidentibus vobis ad obtinenda praedia etiam doli mali exceptionis potestas opituletur, sciet, quatenus religionem iudicationis suae temperare debeat. 2. [Sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se adleget, veritate examinata non amplius quam pretium iustum restituere compellatur. 3.] Haec tum locum habent, cum res in natura sunt. Si tamen extinctae sint, pretium, quod dotali instrumento inditum sit, id considerabitur.

La decisione del § 2 per il marito diverge su tutti i punti da quella che il § 1 offre per la moglie. A costei si permette di ritrattare l'*aesti-*

¹⁾ Dal diritto romano classico al diritto moderno, p. 640 sgg. Il pensiero autentico di Diocleziano puoi vederlo nella *Consult.* 9. 9. È rescindibile la transazione « si praeses provinciae ignorantiam tuam fraudulenta transactione ac dolosis artibus generi tui circumscriptam esse cognoverit ».

²⁾ Non vogliamo disconoscere che il periodo emblematico contamina in certo modo due idee diverse, il dolo e la lesione enorme; ma in questo mescolamento è da vedere un altro indice dell'interpolazione e tradiscono il pensiero giustiniano quegli interpreti che negano la rescindibilità della transazione (cfr. BERTOLINI, *Della transazione*, p. 391 sgg.) ed esigono il dolo per applicare la l. 5 C. 2. 20.

matio, se il consenso le fu carpito con dolo. Ma questa condizione non è ripetuta per il marito, del quale si dice puramente che « in aestimatione gravatum se adleget ». Eliminata la stima, risorge per la donna o i suoi eredi il diritto di chiedere la restituzione dei fondi dotali ¹⁾. Il marito invece, dimostrata che abbia l'esagerazione della stima, non restituisce le cose ricevute, ma ne paga il prezzo giusto. Il diverso trattamento non è razionale e che non sia autentico prova il § 3: « haec tum locum habent, cum res in natura sunt ». Questa riserva è logica, finchè la stima è impugnata dalla donna. Avvenuto il perimento delle cose, essa deve reputarsi fortunata che le venga restituita la stima pattuita, anche se sia un po' bassa, perchè, se le cose si considerassero come date in dote senza stima, il perimento fortuito libererebbe il marito da ogni responsabilità ²⁾. Ma quando a lagnarsi della stima è il marito, egli sopporterebbe il male e il malanno, se dovesse pagare la stima da lui ritenuta eccessiva, perchè le cose sono casualmente estinte; nè si vede il motivo che impedirebbe di pagare il giusto prezzo, ogni qualvolta (e sarà spesso) dall'inventario o in

¹⁾ Per D. 23. 3. 12 § 1 (ULP. 34 *ad Sab.*) il marito ha la scelta: « ... si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet ». La decisione è forse di Sabino: cfr. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, p. 74 sgg.

²⁾ Così argomenta Marcello nel seguito di D. 23. 3. 12 § 1 cit.

Et haec si servus vivit. Quod si decessit, Marcellus ait magis aestimationem praestandam, sed non iustam, sed eam quae facta est; quia boni consulere mulier debet, quod fuit aestimatus; ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti. Idemque et in minore circumventa Marcellus probat. Plane si emptorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum iustam aestimationem praestandam idque dumtaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit: Scaevola autem in marito notat, si dolus eius adfuit, iustam aestimationem praestandam: et puto verius, quod Scaevola ait.

La decisione « plane ... scribit » mi soddisfa poco e neanche intendo bene perchè debba valere solo per la minorene. Certo l'ipotesi « si emptorem habuit mulier iusti pretii » e la « circumventio » difficilmente si combinano: se la sposa ebbe l'offerta di un prezzo giusto e più alto, come mai s'indusse ad accettare una stima inferiore? Anche sulla forma ci sarebbe da ridire. « Emptorem iusti pretii »; perchè non è all'ablativo? « Aestimationem praestandam idque ... praestandum »; il neutro *idque* non è giustificato nè preferibile ad « eamque ». « Uxori » è inaspettato in un passo dove la donna è sempre chiamata « mulier ». Tuttavia non prendo nessuna conclusione recisa.

altro modo si possa desumere il valore reale delle cose perite¹⁾. Nei riguardi della forma si noti: il mutamento della costruzione [il § 1 ha « sciet (praeses provinciae) » ed il § 2, anzichè « compellet maritum », porta « compellatur (maritus) »] l'inopportuno ed equivoco *etiam* [se è possibile che moglie e marito si dolgano in senso opposto della stima concordata, più frequente sarà il caso che le lagnanze vengano da una parte sola].

L'emblema del § 2 è pertanto sicuro, anche se dovesse ritenersi, in considerazione di D. 23. 3. 6 § 2²⁾, che nella dote già la giurisprudenza classica, argomentando dalla natura del rapporto dotale e del « iudicium rei uxoriae » e valendosi dei poteri che la formula « in bonum et aequum concepta » attribuiva al giudice, abbia cercato di evitare l'ingiusto arricchimento di un coniuge a danno dell'altro³⁾.

¹⁾ L'iniquità è apparsa anche ai romanisti dogmatici, i quali l'eliminavano coi soliti spedienti. Scrive CZYHLARZ, *Das röm. Dotatrecht*, p. 158 non doversi credere che il marito sia sempre tenuto a pagare la somma più alta della stima, anche se il vero valore della cosa possa essere dimostrato. L'estrema misura indicata dal Codice si applica solamente quando il vero valore non sia più accertabile; e le espressioni generali del testo si spiegano perchè tale prova è possibile solo in casi rarissimi e in forza di circostanze speciali.

La dottrina, che non sospettava l'interpolazione, fu tratta anche a disconoscere la parte che aveva il dolo nel regolamento classico. Basta il fatto della lesione, perchè l'« aestimatio » sia annullabile; le fonti parlano di *circumventio*, ma non alludono, afferma l'autore citato, ad un atto doloso, nè osta la l. 6 C. cit., perchè il § 1 « proinde... debeat » va riferito unicamente al caso particolare contenuto nella *supplicatio*. Cfr. anche BECHMANN, *Das röm. Dotatrecht*, II, p. 221.

²⁾ POMPONIUS, l. 11 *ad Sabinum*. Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum.

Il LENEL, *Paling.*, II, p. 119 n. 2 sembra riferire il passo alla « dotis aestimatio »; ma potrebbe anche trattarsi di altre lesioni nella costituzione della dote, delle quali si occupano D. 4. 4. 9 § 1 (ULP. 11 *ad ed.*), 48 § 1 (PAUL. 1 *sent.*); C. 2. 33. 1 (ALEXANDER - a. 233). Il punto importante da decidere è se veramente il diritto classico accordasse la rescissione della costituzione dotale al coniuge maggiore, sebbene all'altra parte non si potesse imputare un dolo vero e proprio. Io avrei qualche dubbio. Si consulti sui fr. 6 § 2 e 12 § 1 D. 23. 3 DEBRAY, *Mélanges Girard*, I, p. 239 sgg., le cui considerazioni sono discutibili. — L'opinione del Landucci (n. 30) su D. 23. 3. 6 § 2 è oscillante. Prima dice che il fraintimento è mirabile « in specie perchè, come non v'è ragione di dubitare, fu scritto da Pomponio »; poi concede che l'ultima parte « quia bono et aequo rell. » possa essere un'interpolazione giustiniana.

³⁾ Non è possibile sapere in quale occasione sia stata scritta da Pomp. 9 *ex var. lect.* la massima di D. 50. 17. 206: « Iure naturae aequum est neminem cum

*
* *

I compilatori giustinianeî rescindono anche la divisione da cui sia stato leso uno dei dividendi. Il rescritto di Diocleziano dell'a. 290, conservatoci nella *Consultatio* 2. 6, è riprodotto con gravi modificazioni da C. 3. 38. 3.

Maiores etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudicio et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

An divisio, quam iam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae praesente parte diversa diligenter examinabit: et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis divisionibus solet subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit.

Ho messo di fronte il rifacimento giustiniano ed il testo originario. Qui, per ventura nostra, abbiamo la certezza dell'interpolazione; della quale io avrei avuto il sospetto, anche se fosse mancata la possibilità del confronto, poichè la costituzione giustiniana dà una norma generale e sopprime ogni riferimento al caso concreto, che sta a base dei rescritti. Diocleziano ammetteva la rescissione « si fraudibus non caruisse perspexerit », vale a dire solo nell'ipotesi della frode. Giustiniano concede la rescissione di tutte le divisioni stragiudiziali « per fraudem vel dolum vel perperam factis ». L'imperatore del terzo secolo voleva riformare « quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit », cioè correggeva la disuguaglianza quando era unita all'improbità¹⁾. Il bizantino prescinde dall'« improbum » e condanna in ogni caso « quod inaequaliter factum esse constiterit ».

alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorein ». Nel diritto giustiniano è questa veramente una regola cardinale.

¹⁾ Cfr. anche *Cons.* 2. 7 dell'a. 285, che accorda la rescissione « si divisio non bona fide facta est », ossia presuppone il dolo. Papiniano (2 *resp.*) in D. 10. 2. 57 dichiara irrevocabile « si non intercedat aetatis auxilium » la divisione consensuale dell'eredità comune, sebbene i fratelli coeredi avessero già iniziato il *iudi-*

Frode e dolo sono sinonimi, ma non è sinonimo «perperam»: ogni divisione ingiusta, in cui non siano rispettate le proporzioni, è «perperam facta» ed è nel diritto giustiniano rescindibile, perchè il nuovo legislatore ha caro il principio che *nemo cum aliena iactura locupletari debet*.

Testi così decisivi sono noti anche al Landucci. Ma l'ignorarli avrebbe giovato alla sua fama. Egli adduce la c. 3 C. 3. 38 e la confronta con la *Cons.* 2. 6 per affermare (p. 1193) che «non repugnava ai tempi di Diocleziano che una forte diseguaglianza economica fosse nei giudizi di buona fede¹⁾ considerata motivo da tenere in gran conto sino a considerarlo causa di rescissione». E le condizioni poste da Diocleziano che il rettore della provincia si accerti «*fraudibus non caruisse*», che «*improbum atque inaequaliter factum esse constiterit*» e cioè che la diseguaglianza derivi dall'improbità, quale fine hanno avuto nella mente del Landucci? E che valore egli attribuisce alla scomparsa di tali condizioni nel testo giustiniano? L'acuto censore della nostra scienza romanistica non ha osservato queste circostanze! Decisamente il Landucci non vede gli emblemi, nè quelli alla cui scoperta guidano sottili accorgimenti, nè gli altri, per cui basta l'uso di un metodo semplicissimo e tuttodì praticato dagli amanuensi e dalle dattilografe che vogliano collazionare le copie di uno scritto.

*
**

Persino fuori dei negozi onerosi Giustiniano condanna gli eccessivi squilibri patrimoniali. Si veda C. 2. 29. 1 di Diocleziano «*si quae res ante nuptias congruenti moderatione a minore annis marito sponsaliorum tempore... tibi donatae sunt, obtentu aetatis non revocantur*» e per l'interpolazione delle parole in corsivo il mio *Curator impuberis*, p. 187.

cum familiae rescundae. È evidente che chi si appoggiava alla circostanza che la divisione era avvenuta «arbitro accepto» e che «arbitr sententiam iurgio perempto non dixerit» per rescindere la divisione consensuale, si riteneva leso da questa; ma il giureconsulto classico ne respinge la pretesa.

¹⁾ Il Landucci deve credere che al tempo di Diocleziano le azioni *commun dividundo* e *familiae rescundae* fossero di buona fede. Ma il dubbio che queste azioni siano state aggiunte al catalogo dei giudizi di buona fede per opera di Giustiniano fu già sollevato (cfr. BONFANTE, *Istituzioni*⁶, p. 110); e si noterà che «in bonae fidei iudiciis» appare solo nella costituzione alterata.

Diocleziano invece non ammetteva la rescissione dei negozi lesivi tranne che per il dolo o la violenza sofferta dalla persona lesa o per la minore età. Cfr. C. 5. 71. 11 (a. 290).

Si quidem sine decreto minor annis patronus tuus rusticum praedium venundedit, supervacuum est de vili pretio tractare, cum senatus consulti auctoritas retento dominio alienandi viam obstruxerit. 1. Si vero iure interposito decreto venditionem vili pretio eius possessionis, cuius vires ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti auctoritatem in integrum restitutio causa cognita ei praebetur.

Con la *causae cognitio* si cercherà specialmente l'entità della lesione; ma, se già nell'a. 285 Diocleziano avesse accordato la rescissione per lesione enorme, oltre e prima dell'espressa riserva dell'inchiesta da parte del magistrato, che si sarebbe potuta sottintendere, l'imperatore avrebbe rammentato che al patrono del postulante, indipendentemente dalla minore età, competeva il nuovo rimedio ¹⁾.

Alla *restitutio i. i.* dei minorenni si richiama anche C. 2. 28. 1 (a. 290), ma la sua decisione ha assunto una più larga portata ad opera dei compilatori.

Etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, si tamen magno detrimento adficiantur, iam pridem placuit. Si igitur pignori captis praediis ac distractis enorme damnum ex huiusmodi venditione passos vos ostenderitis, praesertim cum hodieque vos minores esse adfirmetis, auxilium restitutionis vobis impertietur.

¹⁾ Pure il motivo della decisione di C. 5. 74. 1 (a. 290) non è la lesione enorme, ma la minore età dell'errante.

Cum proponas curatorem patris tui [non interposito praesidis decreto] praedium rusticum heredi creditoris [sen tutori eius] destinasse venundare eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse, si minore pretio distractum praedium est et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni consensum dedisse constiterit, non ab re erit superfluum pretii in compensationem deduci rell.

In *Curator impuberis*, p. 170 non avevo ancora scoperto l'interpolazione della frase « non interposito praesidis decreto ». Se per la vendita fosse stato necessario il decreto, essa sarebbe stata nulla e non semplicemente annullabile con la *restitutio i. i.* prevista dal seguito del rescritto « quod praesidis provisione fieri convenit rell. ».

Colpisce anzitutto che la minorennità venga addotta quale una circostanza aggravante - *praesertim* - e non, come dovrebbe essere, decisiva. Poi non pare che, dove la vendita è conclusa dai creditori, possa invocarsi la *restitutio* pel titolo della minore età, promessa dall'editto se « *cum minore... gestum esse dicetur* ».

Forse si vorrà superare l'ostacolo, osservando che la vendita del pegno è fatta dal creditore in forza della volontà del datore e proprietario della cosa pignorata e la *restitutio* avrebbe per effetto di annullare il consenso del minorenni alla vendita del pegno e di riflesso la vendita stessa. Ma l'osservazione non calza nella specie, poichè Diocleziano con le parole « *pignori captis praediis ac distractis* » sembra riferirsi al *pignus in causa iudicati captum* e non al pegno convenzionale. E vi è un motivo assoluto che per il rescritto originario esclude ogni altro riferimento. Affermando che « *adversus venditiones pignorum... minoribus subveniri... iam pridem placuit* », l'imperatore avrebbe detto cosa falsa, se avesse alluso al pegno volontario. Cfr. C. 5. 71. 2 § 1 (Gordianus, a. 239) « *quod si creditores id fecerint, ita demum iuxta formam edicti beneficium tibi impertietur, si fraudulenta venditione, participante consilium emptore, damnum tibi inflictum esse doceatur* ». Non la gravità del danno, ma la collusione dei creditori col compratore permette la rescissione della vendita. Invece per il pegno giudiziale Ulp. 11 *ad ed.* (D. 4. 4. 9 pr.) enuncia un'opinione diversa. La *restitutio* ottenuta dal minorenni contro la sentenza, in esecuzione della quale si procedette al pignoramento, gli dà diritto alla restituzione della somma pereetta dal creditore e, ove il suo interesse esiga il ritorno degli stessi *corpora* pignorati, all'annullamento della vendita. « *...Videndum, an ea revocari debeant, quae distracta sunt: nam illud certum est pecuniam ex causa iudicati solutam ei restituendam. sed interest ipsius corpora potius habere: et puto interdum permittendum, id est si grande damnum sit minoris* » ¹⁾.

¹⁾ Ho avuto il dubbio che le parole « *et puto... minoris* » fossero interpolate; ma le considerazioni che svolgo nel testo mi hanno convinto che la regola sia classica. Né l'autorità del LENEL, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 39, p. 137, il quale giudica la frase una « *kompilatorische Abschwächung* », basterebbe ora a farmi mutare opinione. Per il Lenel la decisione è già nelle parole « *sed interest ipsius corpora potius habere* »; ma io non so capacitarvi che il diritto classico abbia ammesso illimitatamente la rescissione nella vendita del pegno giudiziale, mentre richie-

È dunque indubitabile che Diocleziano decideva un caso di « *pignora in causa indicati capta ac distracta* ». Ma per ciò appunto non poteva parlare di « *venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt* ». La vendita del pegno giudiziale è eseguita dagli ufficiali del magistrato¹⁾ e quelle vendite, che sono propriamente compiute dai creditori, non sono rescindibili che per frode. Se non che la rubrica del Codice giustiniano « *si adversus venditionem pignoris* » vuole abbracciare ogni specie di pegno e in prima linea quello convenzionale; e l'inizio del rescritto « *etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt* » è stato aggiustato da Triboniano. Il cui proposito di equiparare le due sorta di pegno si manifesta anche nell'inserzione di *vel* in C. 5. 71. 1 (Antoninus, a. 212).

Venditio quidem praedii, quod iure pignoris [vel] in causa indicati captum et distractum est, ad senatus consultum, quod de alienandis praediis pupillorum [vel adulescentium] auctore praetore vel praeside provinciae factum est, non pertinet. 1. Sed si etiam nunc in ea aetate es, cui subveniri solet, aditus *competens iudex*, an te in integrum restituere debeat, praesente diversa parte causa cognita dispiciet.

Iure pignoris un fondo può essere « *distractum* », non può essere « *captum et distractum* » se non « *in causa indicati* »; il fondo, su cui volontariamente si costituisce il pegno, non è *captum*, ma *datum*. E poi, come risulta dal citato C. 5. 71. 2 § 1 ed altresì da C. 8. 29. 1 e 3 (Alexander), 8. 27. 7 e 8. 29. 4 (Gordianus), 2. 28. 2 e 8. 29. 5 (Diocletianus), avverso la vendita del pegno convenzionale non è ammessa la *restitutio* fuori dell'ipotesi di frode²⁾.

La conclusione è che i Giustiniani permettono la rescissione della vendita del pegno, sia convenzionale sia giudiziale, le quante volte

dova la frode per far luogo alla rescissione della vendita del pegno convenzionale. Infine mi sembra che la classicità della condizione « *si grande damnum pupilli versatur* » sia assicurata da C. 2. 28. 1 e D. 4. 4. 49. Forse c'è la mano dei compilatori nella chiusa di D. 4. 4. 9 pr., ma non c'è un principio nuovo.

¹⁾ Contro i quali il « *dominus rei* » avrà l'*a. de dolo* « *si dolo rem viliori pretio proiecerunt* ». Cfr. D. 21. 2. 50 (Ulp. 25 *ad ed.*).

²⁾ PAUL 1. 9 formula il principio in modo più largo: « *minor adtersus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest* ». Ma C. 2. 28. 2 esige il dolo del creditore.

si verifichi *magnum detrimentum* o *enorme damnum*. Che l'enormità si abbia a misurare col criterio stabilito nelle leggi di C. 4. 44 non è, a parer mio, discutibile. Si può invece dubitare se la rescissione sia accordata soltanto ai minorenni.

Il *praesertim*, che dall'età della persona lesa dedurrebbe un argomento per rafforzare e non per fondare la decisione, conforterebbe a farne beneficiare anche i maggiorenni; ma i testi insistono troppo sulla qualità di minori¹⁾. Basti aver dimostrato l'estensione al pegno convenzionale della *restitutio*, che il diritto classico aveva accordato solamente contro la vendita senza frode del pegno giudiziale, « si grande damnum sit minoris ». (Questo svolgimento caratterizza la tendenza di Giustiniano.

Credo non vi sia bisogno di spiegare la ragione che consigliava ai classici di richiedere nel caso il « grande damnum ». Normalmente il minorenni proprietario della cosa pignorata ha il pieno indennizzo con la restituzione del prezzo esatto dai creditori; il terzo compratore di buona fede non deve subire l'annullamento della vendita giudiziale se non per gravi motivi e in via eccezionale.

Ma, prescindendo dalla vendita del pegno giudiziale e forse da un'altra ipotesi analoga²⁾, il diritto classico alla gravità della lesione,

¹⁾ Ed è probabile che nella frase « praesertim cum hodieque vos minores esse affirmatis » la forza del ragionamento poggi su *hodieque*.

²⁾ Ciò dicendo, penso a C. 2. 36. 1 (SEVER. et ANTONIN. - a. 260) « Si Probus in minore aetate constitutus circumventus a Rufino dispensatore nostro venditionem rei praecipiti animo pretio longe minore contrahere festinavit, iuris publici fiscus noster in iure restitutionis sequetur auctoritatem ». Se il *longe* non è interpolato, si deve ritenere che la forte sproporzione di prezzo per far luogo alla « restitutio » sia stata richiesta nell'interesse speciale del fisco. Il quale pertanto avrebbe adottato due pesi e due misure, uno per le compere e l'altro per le vendite. D. 49. 14. 1 pr. (CALLISTR. 1 *de iure fisci*) tra le « variae causae, ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet » ricorda anche quella che « magni pretii rem minoris ex fisco comparasse ». Ma chi vorrà meravigliarsi che il fisco preferisse ledere i venditori anziché esser leso dai compratori? Cfr. C. 10. 3. 2, in cui Gordiano (a. 239) scrive ad Eracleone « duplex ratio desiderium tuum iuvat, et... praetermissa hastarum sollemnitate... et... pretii vilitate ». Nondimeno C. 10. 1. 3 dello stesso Gordiano pare che faccia dipendere la rescissione della vendita a prezzo vile da particolari circostanze: « si minori pretio, quam res est, aperta fraude emptoris vel gratia... a fisco venierunt ». Probabilmente l'alternativa « fraude... vel gratia » non è genuina.

Anche C. 2. 36. 3 (DIOCLETIANUS) suppone che il fondo del minorenni sia stato venduto « nimis exiguo pretio »; ma tratta di un pignoramento eseguito dal *pro-*

purehè questa non fosse minima e l'interesse al mantenimento degli effetti giuridici dell'atto non fosse superiore ¹⁾, non subordinava la rescissione delle alienazioni dei beni appartenenti ai minori. Interpolato è D. 4. 4. 49.

ULPIANUS *l. 35 ad edictum*. Si res pupillaris [vel adulescentis] distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet, verumtamen si grande damnum pupilli [vel adulescentis] versatur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.

Sugli emblemi chiusi fra parentesi cfr. *La minore età*, p. 120. Ivi ritenni interpolato anche «quam lex distrahi non prohibet» e rimangiato dai compilatori è certamente, perchè Ulpiano non poteva chiamare *lex* l'oratio Severi; veggasi un'interpolazione simile in D. 6. 2. 13 § 2 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) «qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore *lege non prohibente* se emisse». Non mi occupai allora del contenuto del passo ed è venuta la volta di sottoporlo a censura. D. 4. 4. 7 § 8 di Ulp. 11 *ad ed.* afferma che il minorenni era restituito contro la vendita anche nel caso che «res eius venierit et existat qui plus liceatur» ed il § 6 *eod.* assicura che «hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur». Per varie considerazioni, che non occorre qui ripetere, io ho espresso l'opinione ²⁾ che questa parte del comentario ulpiano si riferisse al pupillo e solo per costui, non per il minorenni, fosse ammessa la restituzione contro l'omissione dei lucri. Ma, poichè D. 4. 4. 49, eliminato l'emblema «vel adulescentis», riguarda esclusivamente il pupillo, possiamo senza dubbio concludere che rimpetto al diritto classico, il quale almeno per il pupillo voleva garantiti con la *restitutio i. i.* anche i lucri, non v'ha tesi più falsa di

curator Caesaris (che è testualmente previsto in D. 4. 4. 9 pr. e contro cui la «restitutio» era concessa «si grande damnum sit minoris») ed inoltre pone che la vendita sia avvenuta «per collusionem sive fraudem procuratoris» - dove ri-terrei insiticio *sive fraudem* - e non sia stata rispettata la «sollemnitas hastarum».

Una norma più rigida sembrano dettare Valentiniano Valente e Graziano in Vat. 37 = C. Th. 10. 17. 1 = C. I. 10. 3. 5 (a. 369), per cui neanche i minorenni potrebbero mai ottenere la rescissione delle vendite subite «pro fiscalibus debitis».

¹⁾ Cfr. D. 4. 1. 4.

²⁾ Cfr. *Bullettino dell'Ist. di Dir. Rom.*, 27, p. 302 sgg.; *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli*, p. 422 n. 3 i. f.

quella enunciata dal fr. 49, che ammette la revoca delle vendite pupillari soltanto « si grande damnum pupilli versatur ». La tesi è di Giustiniano. Questi ha esteso ai minorenni la regola « ut et in lucro succurratur », cancellando una differenza coi pupilli, che, dopo la compenetrazione dell'età pupillare nella minore età, non era più sostenibile; ma vi ha apposto una forte limitazione. In D. 4. 4. 7 § 8, dove Ulpiano accordava la *restitutio* contro la vendita « si existat qui plus liceatur », i compilatori soggiungono « destricte probandum est in rebus, quae fortuitis casibus subiectae sunt, non esse minori adversus emptorem succurrendum, nisi aut sordes aut evidens gratia tutorum sive curatorum doceatur » ¹⁾. Giustiniano si lascia dunque guidare da questo principio, che il minore debba al pari di ogni altro sopportare i casi e le disgrazie e non possa domandare la rescissione, se non ricorra la frode del tutore o curatore (fr. 7 § 8) ovvero non si verifichi un grande danno (fr. 49). Nel secondo caso si prescinde dalla collusione dell'amministratore, perchè l'arricchimento del terzo è di per se stesso un'ingiustizia.

Volendo infine ricostruire il testo originario del fr. 49, ci aiutano vari indizi. La frase « si grande damnum pupilli versatur » ricorda quella che si legge in D. 4. 4. 9 pr. « si grande damnum sit minoris » a proposito della *distractio* del *pignus i. c. iudicati captum*. E alla vendita del pegno ci riportano non solo l'uso ripetuto di *distrahere* e *distractio*, ma anche e soprattutto l'osservazione « etiamsi collusio non intercessit », nella quale si concentrava la differenza fra il pegno giudiziale ed il convenzionale ²⁾. Come abbiamo veduto, l'alienazione di questo era revocabile senza riguardo alla gravità del danno, ma nel solo caso di collusione; la vendita di quello era revocabile indipendentemente dalla collusione, ma purchè il danno fosse grave. Giustiniano prescinde sempre dalla frode e dalla collusione, se il danno è ingente: gli preme soprattutto l'equilibrio dei patrimoni.

Per dimostrare che il Landucci è fuori di strada la citazione dei testi sopra esaminati era superflua; ma non è stata inutile per chia-

¹⁾ Su questa interpolazione, avvertita già dall'Eisele, cfr. *La minore età*, p. 118.

²⁾ La restituzione potrebbe per es. farsi così: « si res pupillaris ex causa iudicati capta et distracta fuerit, venditio rell. ».

rire il posto che il concetto della lesione enorme ha preso nella legislazione giustinianea.

*
* *

Coloro, i quali ritengono che la rescissione della vendita per lesione enorme sia stata ordinata da Giustiniano e che i rescritti dioclezianeî siano interpolati, argomentano anche dal fatto « che nel Codice teodosiano in una serie di costituzioni a Diocleziano posteriori ¹⁾ si dispone in modo da escludere l'esistenza di una rescissione per lesione ». L'argomento è ottimo, ma non persuade il Landucci ²⁾. Diocleziano accorda la rescissione, la negano Costantino e Graziano? Ciò significa che questi avevano un'opinione diversa, che gli autori del Codice teodosiano stavano con Costantino e Graziano ed invece gli autori del Codice giustiniano stanno con Diocleziano ³⁾.

Con la mera possibilità si costruiscono le scene dei romanzi, non si disegna la storia del diritto. Essa ci ammonisce che vi sono istituzioni e norme, le quali, una volta introdotte, non si aboliscono e non si mutano più a capriccio, nemmeno per il capriccio di un imperatore assoluto. Volsero parecchi secoli da che Giustiniano dispose che la vendita potesse rescindersi per lesione e, pur variando la misura della lesione od altro elemento dell'istituto, nessun sistema giuridico, che direttamente abbia sentito l'influenza del diritto romano, l'ha più ripudiato, fin tanto che non sopravvennero le critiche del Thomasius e dei iusnaturalisti e le idee del liberismo economico a orientare diversamente giuristi e legislatori ⁴⁾. Per affermare con qualche verosimiglianza che i successori di Diocleziano abbiano disvoluto il rimedio già accolto da questo imperatore, bisognerebbe dimostrare che nel frattempo erano mutati i bisogni e la coscienza sociale o almeno la politica del monarca. Ed è piena invece la prova del contrario. Nella

¹⁾ L. 1 di Costantino (a. 319), 4 di Graziano, Valentiniano e Teodosio (a. 383), 7 degli stessi imperatori (a. 396) *de contrah. empt.* 3. 1.

²⁾ Cfr. n. 48: « il Gradenwitz lo chiama ottimo; a noi par proprio, rispetto ad una seria critica, pessimo o almeno d'infinita debolezza ».

³⁾ Cfr. p. 1200 e n. 92.

⁴⁾ La storia dell'istituto nell'età medievale e moderna è egregiamente riassunta nello scritto del BENEDETTINI, *Archivio giuridico*, 84 (1910), p. 273 sgg. Non toglie forza alla mia osservazione il fatto che qualche statuto nostro abbia espressamente vietato il rimedio rescissorio (cfr. lo stesso BENEDETTINI, p. 280).

economia sempre più decadente dell'impero, che corre alla sua rovina, s'aggrava la miseria delle classi umili e in pari tempo crescono i tentativi degli imperatori per rilevarle e proteggerle contro l'oppressione e lo sfruttamento dei ceti più alti. Tutto ciò è risaputo. E nessun imperatore avrebbe rinunciato ad annullare la vendita per lesione enorme, se l'esoso sfruttamento dei bisogni del venditore avesse già suggerito a Diocleziano il rimedio che va sotto quel nome.

C'è di più. Da un racconto del *Chronicon Paschale* noi impariamo che l'iniquità della condotta del compratore, il quale ottenga di acquistare a prezzo troppo vile, era fortemente sentita dall'imperatore Valentiniano I (padre di Graziano, l'autore di C. Th. 3. 1, 4 = C. I. 4. 44. 15), tanto da mettere al bando perfino sua moglie. Riporto la traduzione latina che si legge in HAENEL, *Corpus legum*, p. 223:

Similiter etiam, quum accepisset, dominam Marinam, coniugem suam, suburbanum praedium viliori, quam redituum ratione valeret, pretio emisse, ipsamque tamque Augustam pretium posuisse, misit Imperator, qui suburbanum aestimarent, exacto prius ab ipsis aestimatoribus sacramento. Quumque accepisset longe pluris valere, quam emerat, adversus Augustam indignatus, illam ab urbe proscripsit, suburbano feminae, a qua venditum fuerat, reddito.

Il racconto è letteralmente copiato dalla *Chronographia* di MALALA, salvo che quivi l'Augusta è chiamata Mariana.

Ma a noi il nome dell'avida imperatrice non interessa. A noi importa rilevare che la vendita estorta dalla potente signora alla timorosa femminetta conteneva proprio una lesione enorme e l'imperatore provvide con una *restitutio in integrum*¹⁾. Mosso dall'equità, e più ancora forse dal desiderio di tutelare il prestigio della propria casa, Valentiniano adottò un provvedimento straordinario. Per il che è evidente che il rimedio ordinario della rescissione per lesione in casi consimili avrebbe soddisfatto la coscienza sociale, come prova la stessa frequenza delle suppliche a cui rispondono i citati rescritti²⁾. E, se

¹⁾ Secondo una tesi molto dubbia anche il rimedio giustiniano della c. 2. C. 4. 41 sarebbe concepito dai bizantini come una restituzione in intero e perciò assoggettato alla prescrizione di quattro anni. Cfr. ZACHARIAE, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 4, p. 55 sgg.

²⁾ Aggiungansi C. 4. 44. 4 e 10, anch'essi di Diocleziano.

così stayano le cose, nessun credito possiamo fare all'espedito del Landucci¹⁾ che i successori di Diocleziano abbiano abrogato l'istituto già creato dall'imperatore dalmata. L'istituto è veramente giustiniano²⁾.

*
* *

Il Landucci è convinto che il Gradenwitz abbia enunciato la stessa proposta del Thomasius, «di ritenere cioè la lesione enorme introdotta non da Diocleziano, ma per interpolazioni da Giustiniano», e s'inquieta che due secoli più tardi la medesima proposta abbia avuto così diversa fortuna «per la soverchia odierna suggestione di quanto sa di tedesco».

Se l'egregio romanista patavino avesse potuto vincere il desiderio di negare l'originalità del Gradenwitz e di rimproverare gli scrittori nostri perchè a lui solo attribuiscono la paternità di quella che sarebbe la «precisa tesi» del Thomasius³⁾, avrebbe letto più attentamente la vecchia dissertazione e avrebbe visto che molte e radicali differenze intercedono fra le due opinioni.

Scrive il Thomasius: «... initio non est vero dissimile, Diocletianum in legē nostra [c. 2 C. cit.] simpliciter respondisse, rem venditam ob minus pretium quodcumque (quod tamen alicuius momenti esset), posse rescindi, adeoque non distinxisse inter laesionem infra aut supra

¹⁾ Il quale, forse per rendere la spiegazione irresistibile, ricorda (n. 9), che essa appartiene a tutti «i giureconsulti sapientissimi del diritto comune» ed è ripetuta dai civilisti moderni italiani e stranieri. E, afferma pure il Landucci, a ciò che hanno acutamente osservato gli scrittori del diritto comune poco o nulla di nuovo ha aggiunto la letteratura tedesca dalla scuola storica in poi. Non discuto queste affermazioni. Ma, se il Landucci pretende che, o per amore dei suoi «giureconsulti sapientissimi» o in odio della letteratura tedesca, noi si abbia a trascurare i testi prima ignorati e si debba rinunciare a intendere documenti vecchi e nuovi con quel più acuto senso dei problemi storici e quella critica più fine che sono il retaggio della nostra generazione, vogliamo tutti lasciarlo alle sue malinconie.

²⁾ Ritene il JANNET, *Le capital, la spéculation et la finance au XIX^e siècle*, 1892, p. 197 che «la notion plus épurée du droit» manifestata dai rescritti diocleziani sia dovuta all'influenza cristiana; e cita S. Paolo *ad Thessalonicenses* I. 6. Se quest'opinione dell'economista dell'Istituto Cattolico di Parigi cogliesse nel segno, Giustiniano che professava la nuova fede e non Diocleziano avrebbe potuto obbedire al precetto dell'apostolo. Nello stesso senso cfr. RICCOBONO, *Rivista di diritto civile*, 3, p. 59 sgg.

³⁾ Cfr. p. 1200 sgg. ed anche n. 46.

dimidium ». Non la rescindibilità per lesione è dunque giustinianea secondo il Thomasius, ma solo la misura « ultra dimidium ».

Tra il Gradenwitz, che attribuisce a Giustiniano l'introduzione di tutto quanto l'istituto, ed il Thomasius, che lo censura per essersi lasciato sedurre dall'*aequitas cerebrina* del primo rescritto diocleziano, vi è di comune solamente una nota negativa ¹⁾.

Entrambi ritengono che i rescritti 2 e 8 di Diocleziano non siano genuini; ma concepiscono in modo profondamente diverso l'estensione e il fine dell'interpolazione.

Nè il Thomasius merita la lode largitagli dal Landucci di essere stato più logico e più preciso del Gradenwitz. La tesi, che Diocleziano abbia deciso in favore della rescissione nella c. 2 e contro nella c. 8, è così inverosimile che basta da sola a rovinare la costruzione del giurista tedesco del secolo decimo settimo. La determinazione poi della lesione tollerabile nella metà del valore risponde al proposito giustiniano di limitare e precisare i poteri del giudice e non par serio che la si riduca a una semplice *machinatio* escogitata dai compilatori ²⁾ per conciliare i due rescritti antitetici.

Dovrà pertanto il Landucci sopportare che la tesi dell'origine giustinianea della rescissione per lesione enorme continui ad andare sotto il nome del Gradenwitz; tutt'al più i romanisti, i quali trovassero che queste mie pagine abbiano recato nuovi argomenti a sostegno della dottrina dominante ³⁾, potranno aggiungere che essa è stata ribadita dal sottoscritto.

¹⁾ Dicasi altrettanto del MONNIER, *Nouv. rev. hist. de droit*, 21, p. 182, che immagina Diocleziano parlasse solamente delle vendite fra *tenutores* e *potentiores* e Giustiniano abbia conferito alle sue decisioni l'attuale forma generale. Se il Monnier fosse nel vero, avrebbe ragione di scrivere, come scrive, che il Gradenwitz non ha scorto la causa e il senso dell'interpolazione.

²⁾ Cfr. invece Thomasius: « collectores iuris iustinianaei, humanitate illa cerebrina prioris rescripti semel inescati, cum posterius Diocletiani rescriptum viderent cum prior non bene convenire, putarunt distinctione illa inter minus dimidio et dimidio non minus duo ista rescripta conciliari posse rell. ».

³⁾ La nostra ricerca chiarisce anche che la dottrina del diritto comune e canonico, estendendo la *laesio enormis* fuori del campo della vendita, seguiva la tendenza del diritto giustiniano e ne rispettava la parola, oltre che l'intimo spirito. Il Landucci al contrario (p. 1204 e n. 96) pretende che dei due rescritti diocleziani inclusi nel Codice di Giustiniano si « debba fare un'applicazione quanto è possibile limitata ». Nel quale esempio puoi toccare con mano che i disprezzati

Ma il Gradenwitz non potrà essere citato, secondo piace al Landucci, « in via subordinata, come seguace o meglio riproduttore nuovo dell'antica proposta ». L' avere avvertito l' interpolazione, ed anche con taluni argomenti non indegni della nostra critica più progredita, fa onore all'acume del Thomasius. Oggidi peraltro il sospettare un testo interpolato val poco o nulla; quello che importa è sapere perchè e in luogo di che cosa sia stata eseguita l' interpolazione. Lo scopo dell' alterazione dei rescritti dioclezianeî è stato esattamente compreso dal Gradenwitz e non dal Thomasius. Quello e non questo è dunque il padre della dottrina accolta e confermata dai romanisti italiani; fra i quali non vuole essere annoverato il Landucci.

*
* *

Men buona è la ricostruzione, a cui il Gradenwitz appena accenna, del contenuto originario dei rescritti: qua la sua esegesi è veramente troppo rapida ed insufficiente. Avrebbe potuto perfezionarne l' opera il Landucci, se fosse persuaso che la scienza del diritto romano, dopo molti secoli di studi, può ancora attingere ai suoi vecchi testi, purchè li pesi con la delicata bilancia dell' orafo e non con la grossolana stadera d' uno spaccalegna.

Rileggiamo C. 4. 44. 2 dell'a. 285:

Rem maiorem pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

« critici e filologi » penetrano il vero diritto classico e giustiniano e colui che distilla querimonie contro il metodo critico (cfr. n. 13, 21, 90 ecc. ecc.), lungi dall' « afferrare lo spirito del diritto romano », moltiplica gli spropositi. Erra anche lo ZACHARIAE, op. cit., p. 58 sgg., sebbene i suoi argomenti abbiano altro peso e altra serietà; ma è spiegabile che dei rescritti dioclezianeî si sostenesse un' interpretazione strettissima nel 1883, quando s' ignorava l' opera di Giustiniano in questa materia, opera che ci è stata rivelata dalla scoperta delle interpolazioni. Interpolato è forse anche D. 4. 4. 27 § 1 (GA1. 4 ad ed. prov.), dove a proposito della *restitutio i. i.* del minorenni si enunciano le ipotesi che « pluris quam oportet emerit » e che « minore pretio quam oportet venderit ». Cfr. RICCOBONO, *Riv. di diritto civile*, 3, p. 60 n. 2.

Rem e *fundum* non sono termini che possano scambiarsi indifferentemente; tant'è vero che alla generalità della prima espressione si richiamano gli interpreti che ammettono la « *laesio enormis* » anche nelle vendite di cose mobili, mentre gli oppositori insistono sulla fattispecie *fundum*¹⁾. Io sostengo che *rem maioris pretii* è interpolato per due motivi: perchè *fundum* appartiene ad una frase che si dimostra genuina e perchè *rem maioris pretii* accanto a « *minoris pretii distraxit* » è quello che vi può essere di più ridondante. Se io dico di aver venduto a prezzo inferiore, ognuno intende che la cosa venduta aveva, secondo il mio giudizio, un valore superiore; e bastava dunque che l'imperatore scrivesse « *si pater tuus minoris pretii distraxit* »²⁾.

Un'altra stonatura³⁾ è che prima i compratori siano in numero plurale (« *pretium te restituente emptoribus* ») e poi si riducano ad un solo (« *si emptor elegerit* »). Più probabilmente è genuino *emptoribus*. I compilatori non avrebbero avuto ragione di sostituire il plurale al singolare; ma, nel dettare la regola che il compratore può evitare la rescissione offrendo il supplemento del giusto prezzo, è naturale che potessero fare astrazione dalla fattispecie del rescritto e, come il legislatore, che si serve del singolare, dicessero « *vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies* ». L'origine spuria di quest'inciso, o almeno di una parte di esso, è dimostrata anche dalla sintassi. Dovrebbe dipendere da *ut*, come la prima alternativa « *vel... fundum venditum recipias* »; il futuro indicativo « *recipies* » è certamente di un'altra mano⁴⁾.

¹⁾ Bas. 19. 10. 66 usa il termine $\pi\rho\tilde{\alpha}\gamma\mu\alpha = res$ e non menziona punto il fondo. Il BRASSLOFF, op. cit., p. 268, che avverte la « Ungereimtheit » del preteso testo diocleziano e loda gli autori dei Basilici di avere giustamente riconosciuto « dass man nicht in einem Atem ganz allgemein von einer *res maioris pretii minoris pretii vendita* und einem *fundus venditus* als Objekt der Restitution reden könne », lascia indeciso se con la scelta dell'espressione più larga essi abbiano colto la vera intenzione di Giustiniano. Ma io non dubito che la parafrasi renda esattamente e senza equivoci il significato della norma giustinianea di C. 2. 41. 2.

²⁾ Questa osservazione è fatta per i lettori ed i romanisti che sono in grado di apprezzarla; non per il Landucci, il quale risponderebbe a me, come ha risposto al Gradenwitz, che « ognuno esprime i suoi pensieri, come vuole » (p. 1196)! Critiche più sottili, forse troppo sottili, muove al testo latino « *rem maioris pretii... minoris pretii distraxit* » il BRASSLOFF, op. cit., p. 269 sgg.

³⁾ Parimenti rilevata dal BRASSLOFF, op. cit., p. 262 n. 2.

⁴⁾ Anche questo difetto di costruzione è notato dal BRASSLOFF, p. 262 n. 2, che nel riguardo dello stile censura altresì « die unmittelbare Aufeinanderfolge dessel-

Tutti i critici (Thomasio, Gradenwitz, Brassloff) giudicano inconciliabile la chiusa della c. 2 con ciò che precede; solo Landucci è contento di quello che è scritto. Io sono sicuro che la dichiarazione « minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit » è indegna di Diocleziano e di qualunque persona che sappia scrivere. Il prezzo basso è sempre *minore* del giusto, qualunque sia la differenza. Altra cosa è dire che non ogni differenza, anche se minima, legittima la rescissione. Se Diocleziano voleva dir questo, doveva dirlo con termini acconci e non doveva cominciare con l'ammettere la rescissione « si minoris pretii distraxit », cioè per una differenza qualsiasi.

Un buon rilievo del Brassloff (p. 269), che egli non ha utilizzato quanto meritava, è che l'ultima frase chiama *verum* il prezzo detto poco prima *iustum*. Il Brassloff soggiunge, e qui sbaglia, che *verum* non è il predicato più preciso: il prezzo corrispondente al valore è *iustum*; il prezzo reale, non simulato, è *verum*. La terminologia romana è molteplice. Senza contare i luoghi che parlano di *vera aestimatio* e da questa locuzione è breve il transito a *verum praetium*, usano l'ultima espressione come equivalente di *iustum pretium* D. 5. 3. 20 § 16 e 21 ¹⁾ (ULP. 15 *ad ed.*); 10. 3. 7 § 12 (ULP. 20 *ad ed.*) ²⁾; 15. 3. 5 pr. (ULP. 29 *ad ed.*); 40. 5. 32 § 1 (MAECIAN. 15 *fideicom.*); 47. 2. 50 pr. (ULP. 37 *ad ed.*); 47. 8. 2 § 13 e 4 § 11 (ULP. 56 *ad ed.*) ³⁾.

ben Verbums in einem und demselben Satz (*ut vel fundum recipias, ... vel quod deest iusto pretio recipies*) ». Se l'intera frase fosse stata scritta *in continuo*, l'autore avrebbe messo *recipere* una volta sola, e cioè in fine.

¹⁾ « ... Ubi deperditae sunt et diminutae, verum pretium debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset *et verum pretium rei non perderet* ». Mettereì in dubbio la genuinità delle parole in corsivo, perchè senza di esse il significato sarebbe egualmente chiaro e *perderet* stona con *distraxisset* come *rei* col soggetto *res* di « deperditae sunt et diminutae ».

²⁾ Sull' interpolazione del testo cfr. GRADENWITZ, *Interpolat.*, p. 98; LENEL, *Palting.*, I, p. 540.

³⁾ Rinuncio a citare D. 24. 1. 31 § 4 (POMP. 14 *ad Sab.*) « si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem praestet rell. », pel dubbio, che del resto non mi pare fondato, che « vero pretio » possa alludere al prezzo reale, non fittizio; D. 30. 1. 49 § 8 (ULP. 23 *ad Sab.*) « meminisse autem oportet eum, qui damnatur hoc solum *fundum vendere*, non gratis damnari hoc facere, sed hoc solum, ut vendat vero pretio », perchè lo stile poco elegante (*hoc facere*, la ripetizione di *hoc solum*) e la dubbia sintassi (« damnari ... ut vendat », mentre in questo stesso frammento e in molti altri

Certo è maggiore il numero dei passi in cui s'incontra la locuzione *iustum pretium* ¹⁾; ma ciò non toglie che il grammatico Prisciano, 18. 206, avesse ragione di scrivere « *iustum pro vero et verum pro iusto frequenter tam nos quam Attici ponimus ... nostri quoque verum pro iusto et iustum pro vero frequenter ponunt* » e che i due predicati *iustum* e *verum* ricevano entrambi nella costituzione diocleziana il medesimo senso classico.

Inverosimile è che la cancelleria imperiale alternasse l'uso dei due predicati nello stesso rescritto e che ponesse *verum* proprio nella definizione di ciò che si deve intendere per prezzo minore del giusto (« si minoris pretii distraxit ... quod deest iusto pretio recipies ... minus pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit »). Di guisa che anch'io come il Brassloff nello scambio dei termini vedo la presenza di due mani e di due stili.

Ma, se « minus autem ... soluta sit » è una frase interpolatizia e quindi « veri pretii » è l'espressione che appartiene ai commissarii giustinianeî, « iusto pretio » deve essere genuino. E così crescono le difficoltà della ricostruzione. Non possiamo pensare ad un originale « vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum auctoritate intercedente ... vel quod deest iusto pretio recipies », perchè, se avessero trovato già uniti i due membri « vel-vel », i compilatori, per inserire « si emptor elegerit », non avrebbero avuto alcuna ragione di ripetere il verbo « recipias-recipies » ²⁾. Bisogna dunque a « quod deest iusto pretio » cercare un altro posto.

damnari regge l'infinito) mi lasciano sospettare che, se non « hoc facere », per lo meno « sed hoc solum ut vendat vero pretio » sia una dilucidazione aggiunta dai compilatori.

¹⁾ Cfr. ULP. 2. 11; D. 1. 12. 1 § 11 (ULP. *l. sing. de off. praef. urbi*); 6. 1. 70 (POMPON. 29 *ad Sab.*); 10. 3. 10 § 2 (PAUL. 23 *ad ed.*); 11. 7. 12 pr. (ULP. 25 *ad ed.*) dove « iusto pretio » è in una frase sospetta; 20. 1. 16 § 9 (MARCIAN. *l. sing. ad formul. hypothec.*); 24. 1. 36 pr. (PAUL. 36 *ad ed.*); 31. 1. 54 (TERENT. CLEM. 13 *ad leg. Iul. et Pap.*) « iustam aestimationem »; 40. 5. 31 § 4 (PAUL. 3 *fidetcom.*); 49. 14. 3 § 5 (CALISTRAT. 3 *de iure fisci*); C. 8. 40. 18 (PHILIPPUS - a. 244) ecc. Che alcuni di questi passi siano emblematici, sarà dimostrato più avanti.

GAI. 18 *ad ed. prov.* preferisce dire « aequo pretio » (D. 30. 1. 66); cfr. anche le parole dei *mandata* imperiali riferiti da ULP. 8 *de off. procons.* (D. 47. 11. 6 pr.) « qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent ».

²⁾ Un altro motivo per escludere la possibilità di questa restituzione ci sarebbe dato da un'osservazione del BRASSLOFF, p. 270, se la credessimo giusta. Pare a questo autore che la posizione delle parole « auctoritate intercedente iudicis »

Dopo aver enumerato i vizi che nel rispetto della grammatica, dello stile, della logica deturpano la c. 2, procediamo alla ricostruzione approssimativa del testo diocleziano.

Ciò che abbiamo osservato per *emptoribus* e per *fundum* induce a ritenere che il brano « *humanum est, ut... recipias* » provenga sostanzialmente dal testo originario. E tale conclusione è ribadita, se consideriamo il senso di *auctoritate intercedente iudicis*. Queste parole non sono state aggiunte da Triboniano. Bisognerebbe altrimenti supporre che egli volesse riconoscere nella lesione enorme una nuova causa di « *restitutio in integrum* ». Ma, benchè la teoria attribuita ai bizantini dallo Zachariae trovi un forte appoggio nella frase in questione ¹⁾, pure dall'insieme dei testi mi sembra risultare l'esistenza per diritto giustiniano di un'azione ordinaria di rescissione. Ciò posto, l'intervento del giudice non è sempre necessario. Il venditore non chiamerà in giudizio il compratore, se questi accetta bonariamente di rescindere il contratto o di pagare il supplemento del prezzo. Nè gli altri passi menzionano l'*auctoritas iudicis* ²⁾. Doveva invece il testo genuino di C. 4. 44. 2 richiedere l'*auctoritas* di un magistrato, se, per ipotesi, avesse ammesso la « *restitutio in integrum* ». Al nome del magistrato i compilatori, come sogliono fare, avrebbero sostituito *iudicis*.

nel testo della costituzione diocleziana sia molto sorprendente, « denn es ist nicht einzusehen, warum nur die Restitution des Grundstückes *auctoritate intercedente iudicis* erfolgen solle, nicht auch die Nachzahlung ». Ma si può forse obiettare che il pagamento della differenza è una facoltà del compratore che voglia evitare la rescissione, mentre il giudice non può che ordinare la rescissione.

¹⁾ Secondo lo ZACHARIAE, op. cit., p. 57 i bizantini avrebbero dedotto dalle parole *auctoritate intercedente iudicis* che la lesione enorme si faceva valere col mezzo straordinario della « *restitutio i. i.* ». Ma il BRASSLOFF, op. cit., p. 271 sgg. ritiene che la dottrina dei giuristi bizantini, per cui la lesione enorme si poteva far valere nel termine di 4 anni, non implichi che il mezzo fosse quello della « *restitutio* » e che l'equiparazione del *remedium ex c. 2. Cod.* alla *restitutio i. i.* per quanto riguarda il termine dipendesse esclusivamente da ragioni pratiche e non dalla lettera del rescritto diocleziano: in appoggio della sua teoria opportunamente nota il Brassloff che Bas. 19. 10. 66 nemmeno riproduce le parole *auctoritate intercedente iudicis*. Ma non è felice la sua congettura che esse alludessero al procedimento « *extra ordinem* » qui applicato eccezionalmente.

²⁾ Dice bene il BRASSLOFF, p. 271 che « mit den Worten *auctoritate intercedente iudicis* haben die Iuristen aller Zeiten nichts Rechtes anzufangen gewusst ». Esse sono nel testo giustiniano una sopravvivenza, che a noi permette di scoprire la funzione originaria.

L'ipotesi da me enunciata non è gratuita. Il testo giustiniano presenta una grave lacuna, ossia ha subito un'interpolazione privativa. C. 4. 44. 4 decide che « ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras »; C. 4. 44. 8 « ... dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet... ne habeatur rata venditio: hoc enim solum, quod [paulo] minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est »; C. 4. 44. 10 « dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur: quem si fuerit intercessisse probatum... in integrum restitutio competit »; C. Th. 3. 1. 1 « venditionis atque emptionis fidem nulla circumscriptionis violentia facta rumpi minime debet: nec enim sola pretii vilioris querela rel. ». In tutti questi passi la « restitutio in integrum » è negata per il solo titolo della lesione; ma è riconosciuta, se ed in quanto si provi il dolo. Anche il rescritto diocleziano di *Cons.* 2. 6 autorizzava la riforma della divisione « si fraudibus eam non caruisse perspexerit » e questa condizione è stata soppressa in C. 3. 38. 3. Ad una soppressione analoga dobbiamo pensare per C. 4. 44. 2. Ed allora parrà verosimile la ricostruzione seguente.

Fraudibus diversae partis si pater tuus minoris pretii distraxit, quod deest iusto pretio non recte petis, sed pretium te restituente emptoribus fundum venditum auctoritate intercedente rectoris provinciae recipies.

È superfluo soggiungere che la ricostruzione vuol cogliere il senso, non ripristinare la lettera del rescritto diocleziano. Infatti, se dovessi io dettare il rescritto, forse non cumulerei i due ablativi « pretium te restituente » e « auctoritate intercedente » nel medesimo periodo. Dei due verbi « recipias » e « recipies » ho sacrificato il primo, perchè dipende da « humanum est ut » e *humanum* è il predicato che Giustiniiano attribuisce a molte sue innovazioni ed è tale effettivamente il carattere della riforma di cui ci siamo occupati ¹⁾.

¹⁾ Che *humanitas* e *humanus* in senso obbiettivo siano frequentemente interpolati è stato dimostrato da H. KRÜGER, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 19, p. 13 sgg. (vedi ora anche SCHULZ, *Einführ.* p. 87, n. 4). Si può esser certi di trovare nell'espressione « humanum est » il motivo per cui il Bonfante fa cominciare da essa

*
**

Nessun argomento può scuotere la forza di risultati testuali.

Tuttavia ricorderemo la deduzione che il Landucci ¹⁾ trae dall'opera legislativa di Diocleziano. A lui par naturale che « nella compra e vendita fosse il creatore dell'istituto della lesione enorme » il principe che pubblicò l'*Edictum de pretiis rerum venalium*. « Il rapporto fra le nostre due costituzioni del 285 e 293 e l'*Edictum* del 301 non può sfuggire ad alcuno. Esso apparisce come un seguito del disegno di Diocleziano d'impedire il soverchio sbilancio fra il valore reale e i prezzi delle cose; la *laesio enormis* aveva provveduto ai beni immobili, l'*edictum de pretiis* ebbe di mira le cose mobili, oltre le mercedi; i prezzi massimi non si potevano oltrepassare ed i trasgressori sottostavano alla pena di morte ».

Giuochi d'immaginazione! Dice l'imperatore nella prefazione al suo editto che i prezzi delle merci più necessarie alla vita erano scandalosamente esagerati da venditori poco scrupolosi, tantochè tutto

l'emblema; ed il Landucci, che suppone l'illustre professore romano vittima di un equivoco, mette in luce la propria preparazione a discutere di interpolazioni.

Vero è che il Krüger dichiara (p. 27 sgg.) per sé sole non sorprendenti le parole « humanum est » come motivo di un rescritto imperiale; ed esse sono infatti adoperate dai divi fratres in D. 50. 1. 24 (SCAEV. 2 dig.) e probabilmente anche in D. 5. 1. 36 pr. (CALLISTRAT. 1 quaest.), da Marco in D. 40. 5. 37 (ULP. 6 fideic.), oltre che da Teodosio (C. 1. 14. 8 pr.) e da Giustiniano (ben sette volte). Ma in D. 40. 5. 37 l'interpolazione parmi risultare dal contesto.

Aequius videtur Trophimo ex causa fideicommissi praestari libertatem, quam sine condicione reddendarum rationum datam esse constat, neque humanum fuerit ob rei pecuniariae quaestionem libertati moram fieri.

Perchè *fuerit*, se « aequius videtur » è all'indicativo presente? « Humanum fuerit » è stato inserito da Triboniano e ne caratterizza la tendenza. Aggiungasi che nel rescritto diocleziano « humanum est » è costruito con l'*ut*, anzichè reggere una proposizione infinitiva; e il sospetto della sua origine apparirà gravissimo. Cfr. D. 29. 4. 2 § 1 « mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior excutiat, maxime si lucrativam habet possessionem » e su questa frase P. KRÜGER, *Justinianische Entscheidungen*, nella collezione gratulatoria per Bekker *Aus röm. u. bürgerl. Rechte*, p. 15. Curioso è che nella nota interpolazione di D. 24. 3. 22 § 7 si congiungano l'*ut* e l'infinito: « quid enim tam humanum est quam ut... esse ». Cfr. tuttavia GAI. III. 160 e su di esso KNIEP, *Der Rechtsgel. Gaius*, p. 64 sgg.

¹⁾ Op. cit., p. 1203 e n. 86

l'impero ne soffriva, massime là dove esistevano i quartieri delle truppe ed i soldati erano costretti a pagare gli oggetti indispensabili col proprio soldo. Diocleziano stabilì dunque un calmiera ¹⁾ e, se vogliamo credere allo scrittore *de mortibus persecutorum* 7, con gli effetti negativi e disastrosi che suole avere un tale spediente. Tra i prezzi d'imperio e la lesione enorme non c'è una parentela molto prossima. A stimare genuine le costituzioni di Diocleziano, esse tutelerebbero il venditore che cede le sue cose a vil prezzo; e l'editto al contrario voleva tagliare le unghie ai venditori rapaci ²⁾. Quelle lasciavano un largo margine alla libertà dei contraenti e ponevano una sanzione civile contro i violatori; l'editto fissava la tariffa dei prezzi e comminava pene draconiane. Ciò che distingue i due provvedimenti non è l'oggetto rispettivo (mobili e immobili), ma le persone. Entrambi vogliono proteggere i deboli contro i più forti; ma i più forti sono in un caso i compratori e nell'altro i venditori.

Infine la prova che dall'imposizione di un calmiera non è lecito argomentare l'invenzione della rescindibilità per « *laesio enormis* » ³⁾

¹⁾ Io mi attengo strettamente alle parole della prefazione, per non entrare in una disputa che qui non occorre risolvere. Tuttavia non è male ricordare che, secondo uno storico economista, al quale dobbiamo un eccellente commento dell'editto diocleziano, questo avrebbe avuto solo accessoriamente lo scopo di procurare le merci ed i servizi a prezzi equi ai consumatori ed in ispecie a quel ceto di essi, i soldati, i cui gridi di dolore toccavano il cuore imperiale; ma in prima linea voleva garantire un corso minimo alla moneta assai deprezzata. Per sostenere che l'editto rappresenti una misura di politica monetaria e sia piuttosto una tariffa del denaro in merci che non delle merci in denaro il BÜCHER, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 50 (1894), p. 193 sgg., si vale della circostanza che vi sono compresi non solo gli oggetti di prima necessità, ma anche i prodotti del lusso più raffinato. Accettando quest'idea, risulta anche più evidente l'impossibilità di appaiare la tariffa dei prezzi con la rescissione per lesione enorme. G. COSTA, *Diocletianus* (nel *Dizionario Epigrafico* di DE RUGGIERO), II, 3, p. 1850 afferma potersi ritenere che l'editto non fosse un vero e proprio calmiera, ma un semplice provvedimento per impedire che i prezzi si elevassero al di là di una certa misura, quando il passaggio di eserciti imperiali ne faceva naturalmente salire l'ammontare. Se non è un calmiera, questo provvedimento mi pare che gli si avvicini molto!

²⁾ Il contenuto dell'editto *de pretiis* è così sintetizzato dai *Fasti Idattiani* (MIONE, 51, 891 sgg.) « *vilitatem iusserunt imperatores esse* ». Le costituzioni diocleziane di C. 4. 44 si oppongono invece alla viltà del prezzo!

³⁾ Benchè entrambi i provvedimenti si possano richiamare all'idea del « giusto prezzo », assai attiva nella storia delle dottrine economiche e delle legislazioni. Ma non è fondata l'opinione del KAULLA, *Die geschichtliche Entwicklung der*

ci è data dalla storia e dal diritto comparato. Crederà forse il Landucci che in quei paesi antichi e moderni, le cui leggi ignorano lo istituto della lesione, si sia o messo o si ometta di vigilare sull'annona, sulla qualità delle derrate e sulla misura dei prezzi e in momenti di crisi non si dispongano requisizioni, tariffe e somiglianti cautele?

Ricordiamo che Tiberio (TACITI, *Ann.* II. 87) «statuit frumento pretium, quod emptor penderet, binosque nummos se additurum negotiatoribus in singulos modios»; Commodo (LAMPRIDIJ, *Commodus* 14. 3) «vilitatem proposuit, ex qua maiorem penuriam fecit»; Alessandro Severo (LAMPRIDIJ, *Alex. Sever.* 22. 7-8) «cum vilitatem populus romanus ab eo peteret» prese provvedimenti circa la mattazione dei bovini e dei suini. Ci tornano a mente il passo di Ulpiano (*l. sing. de off. praefecti urbi*), che «cura carnis omnis ut iusto praetio praebeatur ad curam praefecturae pertinet» (D. 1. 12. 1 § 11), e i *mandata* imperiali, che ordinano al governatore della provincia «praeterea debebis custodire, ne... a locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent... annona oneretur» (D. 47. 11. 6 pr.). E non vogliamo dimenticare, malgrado il dubbio che possano in prima linea riferirsi agli agoranomi ellenici, il *fastidiosus aedilis* di Plauto (RUDENS, II. 3. 42), che «si quae improbae sunt merces, iactat omnis», e il lamento di quel personaggio del *Satyricon* di Petronio (c. 44), che accusa gli edili di intendersela coi fornai e d'impinguarsi mentre il popolo muore di fame. Se il ragionamento che si tenta per Diocleziano potesse correre, si dovrebbe venire alla conseguenza che il diritto romano abbia ammesso la rescissione per lesione enorme qualche secolo prima, poichè gli edili, moderando l'altezza dei prezzi del grano e di altri generi necessari, hanno, con maggiore discrezione, è vero, ma anche in più fortunate condizioni economiche, tenuto la stessa politica che l'imperatore della fine del terzo secolo.

E taluno è pure arrivato a questa conclusione radicale. Infatti il Landucci nell'idea di abbinare e fondere il calmiere con la lesione

modernen Werttheorien, p. 41, che la norma, da lui ritenuta diocleziana, sulla «laesio enormis» abbia lo scopo di impedire una formazione dei prezzi non remunerativa per il produttore. Per ammettere questa genesi della norma, non basta ritenere che si applicasse anche alla vendita di cose mobili; converrebbe pensare, non ostante il linguaggio delle costituzioni, che la norma non riguardasse principalmente i fondi.

enorme è stato prevenuto da un privato docente dell'Università di Vienna, il Pineles; così come il Gradenwitz nel credere che i rescritti dioceziani fossero alterati (solo nell'idea dell'alterazione e non del modo e dello scopo) era stato prevenuto dal Thomasius. E ciò avverto, non per usare al Landucci lo stesso trattamento ch'egli vorrebbe fatto al Gradenwitz, non per negargli l'originalità dell'errore nè per reclamare che il suo nome venga citato al seguito del preopinante austriaco, ma perchè il docente di Vienna, anche sbagliando, mi sembra più logico e più preciso del professore di Padova.

Nelle *Metamorfosi* di Apuleio (I. 24-25) Lucio ha comperato per venti denari un paio di bei pesci, dopo che il venditore ne aveva chiesti cento. L'edile Pythias, che vigila sul mercato, è un suo amico; e questi « visa sportula succussisque in aspectum planiorem piscibus » gli domanda « at has quisquillas quanti parasti ». Saputo il prezzo, l'edile si fa condurre dal venditore « quem confestim pro aedilitatis imperio voce asperrima increpans: iam iam, inquit, nec amicis quidem nostris vel omnino ullis hospitibus pareitis, quod tam magnis pretiis pisces frivolos indicatis et florem Thessalicae regionis ad instar solitudinis et scopuli edulium caritate deducitis? sed non impune: iam enim faxo scias, quem ad modum sub meo magisterio mali debeant coherceri — et protusa in medium sportula iubet officialem suum insuper pisces inscendere et pedibus suis totos obterere... ». Pythias non ischerza; ed il sopra lodato personaggio del Satyricon, il quale pensava che gli edili compirebbero il loro dovere, se i cittadini si facessero sentire, *si nos coleos haberemus*, avrebbe sicuramente riconosciuto a Pythias le prerogative del sesso virile. Ma qual'è la base giuridica della sua azione?

Basta ricordarsi, osserva il Pineles ¹⁾, che il pescatore domandava da principio cento denari e si è contentato infine di venti, cioè ha accettato un ribasso dell'80 per cento, per comprendere che col prezzo di venti denari la lesione non deve essere stata una « laesio ultra dimidium »; altrimenti i pesci non avrebbero valso nemmeno dieci denari. Dunque gli edili avevano il diritto di reprimere la « laesio enormis » nelle vendite di derrate fatte sul mercato, senza alcun

¹⁾ *Questions de droit romain*, p. 84 sgg. Io cito dalla traduzione francese del Herzen, ma l'articolo sulla laesio enormis ha prima visto la luce in *Gatus, Zeitschr. f. Rechtsgesch. u. Rechtsvergleichung*.

limite matematico; e l'opinione di Pomponio e di Paolo riferita in D. 4. 4. 16 § 4 e 19. 2. 22 § 3, secondo la quale è permesso ai contraenti di « se circumvenire », non importa che ogni lesione, anche eccessiva, sia stata lecita nel diritto romano anteriore ai rescritti diocleziane¹⁾, ma è piuttosto da credere che quei giuristi tollerassero la lesione solamente nei limiti fissati dall'uso²⁾.

La gravità e la falsità del risultato sono manifeste; eppure la dialettica dell'autore è irreprensibile. Egli sbaglia il punto di partenza: nel racconto di Apuleio l'edile non rescinde una vendita affetta da lesione enorme, ma reprime la violazione di quello che noi chiameremmo il calmiere³⁾, e non se ne può trarre alcun dato per la storia della lesione⁴⁾.

*
* *

Noi chiamiamo lesione enorme quella che supera la « dimidia pars veri pretii ». In questo senso non v'ha dubbio che l'istituto sia giustiniano. Nella fissazione del limite alla metà è così spiccata l'impronta dell'arbitrio legislativo che nessun conoscitore delle fonti romane può attribuirlo ad altri fuori di Giustiniano⁵⁾. Ma la nostra indagine si è proposta di ricollegare la lesione enorme con l'idea fondamentale che ne ispira il divieto, e cioè con l'idea del giusto prezzo e in generale dell'equilibrio delle prestazioni. Non sono scarse le prove che quest'idea era penetrata nella coscienza sociale e nelle scuole prima di Giustiniano.

¹⁾ Op. cit., p. 74.

²⁾ Il Landucci, n. 32, va più in là. Egli sostiene che la « regola tradizionale » delle ll. 16 § 4 D. 4. 4 e 22 § 3 D. 19. 2 (di cui si può vedere un'applicazione in D. 24. 1. 31 § 3. i. f. da Pomp. 14 *ad Sab.*) non è scossa affatto dall'eccezione diocleziana, tanto che Giustiniano ripete la regola stessa nella Nov. 97 c. 1 dell'a. 539. Si potrà discutere se la libertà dei contraenti di « se circumvenire » sia conciliabile col divieto della lesione e dell'ingiusto arricchimento; ma ciò che non si può discutere è che la Nov. 97 c. 1 non contiene né cenno, né indizio, né ombra né nulla che sia o assomigli o ricordi la regola dei due passi del Digesto.

³⁾ Cfr. NORDEN, *Apuleius von Madaura und das röm. Privatrecht*, p. 172 sgg.

⁴⁾ Infatti l'attività degli edili è rivolta contro i venditori a tutela dei compratori. Cfr. D. 21. 1. 37 « ubique enim curant aediles, ne emptores a venditoribus circumveniantur ».

⁵⁾ Sua per universale consenso è la nota decisione di D. 18. 1. 57 pr. che obbliga il compratore ad eseguire il contratto, se della casa « vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit ». Si direbbe che per l'imperatore bizantino stesse nel mezzo il lecito ed il doveroso, se non proprio la virtù!

La *Consultatio* 2. 6 riporta, è vero, la costituzione genuina di Diocleziano che i compilatori giustinianei in C. 3. 38. 3 dovevano mutare radicalmente; ma l'anonimo giureconsulto ne ricava conseguenze molto lontane dal pensiero del legislatore. *Cons.* 2. 2: «... nec posse aliquid firmum et stabile esse... praesertim si doceatur inutilis esse et sine aequalitate vel compensatione ipsa divisio»; 2. 3: «notum est, quod etiam si mandato uxoris niteretur et fraudulenta divisio vel minus aequalis posset ostendi, vacua et inanis specialiter remaneret». Diocleziano rescindeva la divisione «si fraudibus eam non caruisse perspexerit»; l'autore della *Consultatio* parificava la divisione fraudolenta alla «minus aequalis»¹⁾.

Più grave è che si possa sospettare alterato ULP. II. 11.

Alieno servo per fideicommissum data libertate si dominus cum iusto pretio non vendat, extinguitur libertas quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest.

Gaio (II. 265) non fa questione di prezzo.

Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quodsi dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissaria libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.

Nè si può pensare ad un mutamento del diritto compiutosi nel tempo intermedio, perchè anche l'imperatore Alessandro (C. 7. 4. 6) guarda soltanto alla volontà di vendere del padrone dello schiavo.

Deberi etiam alienae ancillae fideicommissariam libertatem placuit: nec deficit hoc debitum, si interim domina, si modo nihil ex iudicio eius, qui quaeve reliquit libertatem, percepit, noluit vendere, quia possit tempore procedente, ubicumque occasio redimendae ancillae fuerit, praestari libertas.

¹⁾ Trovo ora nell'ultimo volume pubblicato dei papiri di Ossirinco (XIV. 1637) un atto di divisione dell'a. 257-9, in cui le parti si dicono stabilite ἐκ συμφώνου καὶ ἴσου μερισμοῦ. Per il diritto romano questa dichiarazione riusciva inutile. Anche se l'eguaglianza fosse mancata, la divisione sarebbe stata inattaccabile (a parte il dolo o la minore età dei contraenti). Ma simili dichiarazioni ripetendosi mostrano una fervida e costante aspirazione, che il diritto dovrà infine soddisfare.

Non ignoro che l'ultima parte « *nec deficit rell.* » è ritenuta triboniana (Pernice-Krüger). Ma la soluzione, la cui classicità anche a me sembra dubbia e che invece è piaciuta a Giustiniano (I. 2. 24. 2), riguarda il momento dell'estinzione del fedecommesso. Pei classici questo si estingueva immediatamente col rifiuto di vendere.

Eguualmente Paolo 1 *de iure fisci* (D. 34. 9. 5 § 4) fa venir meno il fedecommesso col semplice rifiuto del padrone: « ... a fisco redimendum, ut manumittatur, si tamen velit servum vendere (quia non potest cogi) qui iudicium sprevit defuncti ». Non perciò è da credere che il fiduciario sia costretto a riscattare il servo a qualunque prezzo; ma il prezzo giusto è fuori di questione. Resulta da D. 40. 5. 24 § 12 (ULP. 5 *fideic.*) che il fiduciario, cui sia stato ordinato di manomettere il servo altrui, « non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quantum ex iudicio testatoris consecutus sit ». Se dunque il padrone del servo è disposto a cederlo per un prezzo che non superi il valore di ciò che il fiduciario ha ricevuto, egli deve comperarlo, sia che il prezzo corrisponda al valore di mercato dello schiavo (*iustum pretium*), sia che non corrisponda. Non è obbligato a comperarlo, se il padrone ne domandi un prezzo superiore al valore dell'acquisto fatto col testamento, sebbene eventualmente il prezzo domandato possa essere giusto.

Per queste considerazioni mi pare che non resti alcun dubbio sull'origine spuria di « iusto pretio » in ULP. II. 11. Nè occorrono troppe parole per dimostrare l'interpolazione di D. 32. 14 § 2 (GAI. 1 *fideic.*).

Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat [vel immodico pretio vendat], iustam aestimationem inferat¹⁾.

Senza riprodurre il lungo frammento di PAUL. 3 *fideic.* (D. 40. 5. 31 § 4), mi limiterò a segnalare l'emblema « idem est et si pluris iusto vendere velit..... ut iusto pretio volenti domino dato libertas ab emptore praestetur », pel quale si possono addurre parecchi indizi formali.

A confermarci nella persuasione che il diritto classico lasciava al

¹⁾ La « pretii computatio », che non è possibile « pro libertate », è ammessa nel caso che sia stata lasciata per fedecommesso una cosa altrui. Cfr. Gai. II. 262: « necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem eius solvere ». Cfr. anche D. 32. 37 § 6.

padrone del servo piena libertà di fissarne il prezzo giova anche PAUL. V. 16. 3. I servi altrui non possono essere sottoposti a tortura, « nisi delator... pretia eorum quanti dominus taxaverit inferre sit paratus » ¹⁾).

Che il « iustum pretium » sia interpolato anche in altri luoghi della compilazione giustiniana è probabile; ma qui l'indagine non potrebbe essere esaurita ²⁾).

*
* *

Concludiamo.

Il nostro studio ha messo in luce la vasta comprensione dell'istituto giustiniano. Nella Commissione di coordinamento del vigente Codice civile il Prececutti, fra le obiezioni con cui appoggiava la sua proposta di sopprimere le disposizioni che stabiliscono e regolano la rescissione della vendita per causa di lesione, notava che la violenza morale a cui può sottostare il venditore, potrebbe verificarsi anche nelle vendite di mobili ed in tutti gli altri contratti a titolo oneroso, casi tutti per altro nei quali non si ammette la lesione ³⁾. Da questa critica è immune Giustiniano, che, come abbiamo veduto, espressamente condanna la lesione nella vendita di qualunque cosa (*rem maioris pretii*), nella *aestimatio dotis*, nella transazione, nella divisione; tanto che il principio legislativo implicito, ma non dubbio, nella compilazione giustiniana è che tutti i contratti onerosi siano rescindibili per causa di lesione.

Sorge invece il quesito se l'altezza della lesione abbia ad essere negli altri contratti la medesima che nella vendita. Per la transazione si parla di lesione immodica (« si laesa es immodice »), ma nella divisione è rilevata soltanto la diseguaglianza (« quod inaequaliter factum esse constiterit »). L'interprete del diritto giustiniano dovrà probabilmente ritenere illecita in ogni caso la sola lesione « ultra dimidium »

¹⁾ Cfr. pure D. 48. 18. 13; 19. 5. 8.

²⁾ Per esempio è certamente interpolato « iusto pretio tunc aestimandam » di D. 20. 1. 16 § 9 (MARCIAN. l. sing. ad form. hypoth.), come da molto tempo e da molti si riconosce; cfr. le citazioni in EBRARD, *Die Digestenfragm. ad form. hyp.*, p. 92 n. 23.

³⁾ Codice civile, ediz. Gianzana, III, p. 332 sgg.

e certo non esiterà a sottoporre l' « aestimatio dotis » allo stesso trattamento della vendita. Ma non è un punto questo che interessi lo storico. Il quale più volentieri fermerà il pensiero su ciò che presenta d'arbitrario la statuizione dell'*ultra dimidium*. Una misura tassativa, qualunque sia, potrà sempre essere discussa e quella imposta da Giustiniano per la lesione sapeva di « aequitas cerebrina » al Thomasius. Avverte giustamente il Pineles ¹⁾ che l'esistenza di prezzi fissi di mercato nei paesi e nelle epoche economicamente più progredite agevola assai l'applicazione del principio della « laesio enormis ». Vorremo rimettercene al criterio discrezionale del giudice? Il Common-law astrae da ogni limite matematico ed il § 138 del Codice civile per l'impero germanico dispone la nullità di ogni atto col quale, profittando della necessità, della leggerezza o dell'inesperienza di altri, taluno fa promettere o dare a sè o ad un terzo vantaggi patrimoniali che eccedono il valore della sua prestazione in modo che secondo le circostanze la sproporzione è evidente.

La seconda parte del § 138 non fa che dettare una formula abbastanza esatta per la lesione enorme del diritto giustiniano, se ne toglie il limite dell' « ultra dimidium » e vi aggiungi la prova del concorso di certi elementi soggettivi. Di per sè la messa in evidenza delle condizioni personali che diminuiscono la libertà del consenso da parte del leso non sarebbe un requisito nuovo e tale da spostare la base obbiettiva della norma. Come potrebbe esistere la sproporzione fra le due prestazioni, se un contraente non avesse sfruttato le necessità finanziarie o le condizioni d'animo dell'altro? Dove così non fosse, bisognerebbe pensare ad un *negotium mixtum cum donatione* e la lesione sparirebbe. Ma altro è presumere l'esistenza di certi elementi soggettivi nella conclusione di un negozio lesivo, altro è esigere la prova del loro concorso, come fa il § 138 e non faceva il diritto giustiniano, che rescindeva il negozio affetto da lesione, senza cercare in quali circostanze il contraente l'avesse subita. Da questo riguardo sembra migliore la formula dell'art. 1133 del Codice civile per la Colonia Eritrea: il giudice può negare o ridurre l'efficacia ai patti contrattuali che siano sproporzionatamente gravosi, in modo da far presumere che non furono consentiti con sufficiente libertà.

¹⁾ Op. cit., p. 82 sgg.

Sia come si voglia, chi reputa che Giustiniano fosse nella sua creazione ispirato da idee e sentimenti cristiani, troverà un curioso riscontro in ciò che l'ultimo comma del § 138, il quale sostituisce nel Codice germanico il rimedio della lesione, sia stato aggiunto dal Reichstag su proposta del Centro cattolico ¹⁾.

S. SOLAZZI.

¹⁾ Sui precedenti di quella disposizione veggasi peraltro ROTONDI, *Rivista di dir. civile*, III, p. 254 sgg.

PARENTELA E GRUPPO PARENTALE

Nel vol. I pag. 234 degli *Scritti giuridici vari* del Bonfante si legge una postilla, nella quale l'autore dichiara di non essere « ora molto propclive a supporre l'esistenza di uno speciale gruppo agnatizio » e di essere quasi d'accordo coi suoi critici che codesta esistenza hanno negata. Poichè uno di codesti critici, anzi, a mia saputa, il solo critico sono io ¹⁾, così non posso che compiacermi dell'autorevole adesione del B. alla mia idea.

Il B. sia nella postilla stessa, sia nell'ultima edizione delle sue *Istituzioni*, pag. 153, n. 1, ammette ora che il gruppo agnatizio non è un *quid* compreso nella *gens*, ma è la *gens* stessa. Nè basta a lasciarcì incerti circa il suo nuovo pensiero il fatto che nel testo (pagina 139) il gruppo agnatizio è presentato ancora, come nelle precedenti edizioni, come distinto dalla *gens* e parte di questa. Dobbiamo vedere nel fatto stesso null'altro che un'omissione. Il B. omise di adattare alla sua concezione attuale, oltre alla nota citata, anche il testo. L'adattamento ulteriore verrà certamente nella settima edizione.

Io voglio sperare inoltre che il B. e, dietro a lui, la nostra scienza si decidano ad abbandonare il nome di « gruppo agnatizio », che il B. introdusse ad indicare precisamente quel gruppo nel quale non crede più e che, quantunque i romani chiamino *familia* anche la *gens* e *agnati* i *gentiles*, si ritorni all'antica nomenclatura e non si parli di *familia* che in relazione alla *familia proprio iure*, la quale è veramente un gruppo, e la *gens*, la quale pure è un gruppo, si chiami semplicemente *gens*.

Gli agnati, quantunque designati dai romani col nome di *familia communi iure* nel loro complesso, è meglio chiamarli, come usa, *agnati*,

¹⁾ *Istituzioni*, I pag. 214 n. 1.

perchè, a chiamarli così, resta in certo modo detto che non sono un gruppo, ma' una somma d'individui legati tra loro soltanto dal vincolo della parentela civile.

La dichiarazione fatta dal B. nella postilla veduta ha colpito spiacevolmente il Marchi ¹⁾. Lo stesso sentimento deve avere probabilmente suscitato in quanti erano abituati da gran tempo a giurare, sulla fede del B., nell'esistenza del gruppo agnatizio. I discepoli tengono di più alle dottrine del maestro del maestro stesso e l'abbandono che questi ne fa, specialmente se viene dopo un lungo persistere in esse, li spinge a stringersi più fortemente intorno alla bandiera disertata dal capitano. È lecito perciò presumere che i credenti minori nel gruppo agnatizio persistano nella loro fede. Tanto più che, se il B. l'ha abbandonata, non ha fatto che una fuggitiva e troppo sintetica allusione al motivo dell'abbandono, parlando nella citata postilla di « esagerati parallelismi di diritto comparato » che gli suggerirono l'antica idea e riprovando altrove ²⁾ lo schematismo esagerato della sua vecchia esposizione in ordine ai gruppi primitivi.

Uno studio, in cui si dimostri che e perchè l'idea di un gruppo agnatizio diverso dalla *gens* e dalla *familia proprio iure* non è sostenibile, serba quindi utilità. Questo studio presento qui al lettore.

Con esso però io miro solo secondariamente a codesto fine critico. Miro principalmente a segnare la distinzione tra parentela e gruppo parentale, in parte nel senso ontologico, molto più nel senso funzionale, onde si cessi dall'attribuire al gruppo ciò che è proprio della parentela. Il non avere nettamente percepita codesta distinzione fu forse la prima causa che condusse il B. alla sua antica idea. E il continuare la scienza a non percepirla può far sì che il mutamento di opinione del B. non provochi l'identico mutamento d'opinione in nessuno dei suoi antichi seguaci.

Vorrei anche provare che la società romana primitiva non ha soltanto i due gruppi: *gens* e *familia*, ma ha anche la parentela. Onde non tutto ciò che il B. asseriva del gruppo agnatizio va, com'egli ora fa, riferito alla *gens*. Una parte va riferita alla parentela. Rimessa questa, dirò così, nei suoi diritti, si vedrà che il popolo romano, quanto alla distribuzione sua in ordini su basi parentali, non si differenzia

¹⁾ Riv. ital., vol. 60 pag. 158 seg.

²⁾ Scritti giuridici vari, vol. II pag. 294 n. 1.

nei primordi della sua storia sostanzialmente dagli altri popoli indo-europei, una volta che si eserciti, come cercherò di fare, il necessario controllo sopra certe idee che molti studiosi di diritti primitivi o di diritto comparato hanno contribuito a diffondere, si utilizzino i risultati a cui pervennero i migliori indagatori e si resista a tendenze semplificatrici e unificatrici dei fenomeni, il frutto delle quali è di darcene una visione tanto sintetica, universalistica, facilmente apprendibile, quanto interamente lontana dalla realtà.

Vediamo per quale procedimento il B. giunse alla sua teoria.

Il Voigt prendendo come oro di coppella l'asserzione del Klenze ¹⁾ che a Roma la cognazione produceva effetti uguali per tutti i parenti entro il sesto grado e non ne produceva nessuno, tolto il caso del *sobrino natus*, oltre quel grado, adattava la tesi stessa all'agnazione, spintovi dal bisogno di risolvere il problema dell'essenza della gentilità. Per lui infatti i gentili non sono un gruppo artificiale politico creato dallo Stato, come assevera il Niebuhr; sono invece dei parenti. Ammesso che sono dei parenti, egli doveva distinguerli dagli agnati. Non credendo ora il Voigt alla possibilità che i romani chiamassero agnati i parenti civili, che possono dimostrare la loro parentela e il grado di essa, e gentili i parenti civili, che provano la parentela col nome comune che portano, ma non possono provarne il grado, perchè la possibilità della prova è condizione non del diritto, ma del suo riconoscimento in giudizio ²⁾, prese dal Klenze, i dati principali di cui questi si giovava per la sua teoria sulla cognazione, cioè l'essere l'impedimento matrimoniale per causa di parentela esteso in antico ai parenti sino al sesto grado e l'avere in Roma i parenti nella linea retta nomi speciali soltanto sino al sesto grado; aggiunse ad essi un altro dato offerto da un testo di Trebazio che dice: *ultimi cognationum gradus sobrinorum fiunt* ³⁾ e concluse che adunque erano agnati i parenti tra loro entro il sesto grado; gentili tutti gli ulteriori parenti ⁴⁾.

Il B. credette al Voigt. Ma pur troppo non credette solo a questo. Credette anche a quegli storici del diritto e a quei sociologi che

¹⁾ *Die Cognaten und Affinen* nella *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* vol. VI pag. 1-200. Vedi in particolare pagg. 7, 95, 99, 101-109.

²⁾ *Ius naturale* III p. 1163 n. 1800.

³⁾ L. 10 § 18 D. 38. 10.

⁴⁾ Op. cit. III p. 1164-5 e n. 1801. Cf. dello stesso autore *Ueber die Leges regiae* p. 673; *Die zwölf Tafeln* II, pag. 759.

presentavano uniformemente come gruppi certe collettività primitive di persone, che indicavano o col loro nome storico o con un nome di loro invenzione.

Nell'edizione originale delle sue *Res Mancipi* scriveva infatti:

« Il consorzio familiare primitivo degli Ariti è più esteso eziandio della famiglia classica di Roma. Esso è l'unione sociale delle famiglie e delle persone, il cui presunto legame di parentela si ricorda e si definisce, cioè della propaggine di un comun tronco estinto ma noto... Il comun tronco noto, donde si stabilisce l'appartenenza al gruppo, è normalmente tronco maschile. Ciò si esprime, designando il vincolo coi termini romani agnazione e parentela agnaticia... La memoria della origine comune e quindi l'appartenenza al gruppo cessa generalmente dopo il 6° grado o la 6ª generazione. Conformemente il limite normale di questa agglomerazione è la 3ª generazione; cioè il gruppo è costituito dalle tre generazioni normalmente viventi » ¹⁾. Detto in seguito che gruppi di tal genere erano la *Sippe* teutonica, il *Sept* celtico, chiamato nelle leggi irlandesi *Fine*, la grande famiglia slava, la comunità di villaggio indiana, il B. prosegue affermando che Roma ebbe un gruppo rispondente a questi nel gruppo agnaticio. La composizione di questo gruppo « corrisponde esattamente ai gruppi familiari che abbiamo descritto. Il titolo naturale dell'agnazione è la discendenza da un comune capostipite di sesso virile noto, *cuius memoria extat*. Il Voigt pensa appunto che l'agnazione cessi al 6° grado: lo argomenta principalmente dal fatto che le parentele romane dopo il 6° grado non avevano nomi speciali e dall'antica prescrizione di non potersi maritare entro il 6° grado di agnazione; e l'induzione è perfettamente giusta, considerando i risultati che ne porge la comparazione » ²⁾.

La teoria del B. sorge adunque da un accostamento, anzi da una combinazione dell'idea del Voigt con quella degli storici e sociologi accennati. Concepita, sulla fede di questi, la *Sippe*, il *Sept* ecc. come un gruppo agnaticio comprendente tre generazioni di discendenti nella linea maschile da un capostipite comune noto, l'idea del Voigt lo trasse a concepire nello stesso modo anche gli agnati romani. Se l'agnazione, egli pensò, finisce col sesto grado, cioè abbraccia tre ge-

¹⁾ Pag. 293-4.

²⁾ Pag. 300.

nerazioni di discendenti da un capostipite comune noto, vuol dire che anche gli agnati erano un gruppo fatto di tre generazioni.

Il B. ha ora interamente cessato dal credere nel limite dell'agnazione asserito dal Voigt ¹⁾. Così che, a mia saputa, l'idea resta con due soli seguaci, oramai lontani nel tempo ²⁾ e si può dire perciò caduta. Ma poichè *multa renascentur quae iam cecidere*, può avvenire che qualcuno sia tentato di farla risorgere, non fosse altro per serbare ancora in vita il gruppo agnatizio. In considerazione di questa possibilità non è male che spenda qualche parola a dimostrarne l'insostenibilità.

Anzitutto il termine *adgnatus* non ha tal senso, per cui possa convenire soltanto ad un parente entro un dato grado con un altro. *Adgnatus* significa solo l'aggiunta per nascita ad altro o ad altri ³⁾. Se non si accetta questo significato etimologico, conviene accettare l'altro, che alcuni sostengono, di nato a lato, cioè di collaterale ⁴⁾. Abbia *adgnatus* l'uno o l'altro senso, sempre, come espressione di parentela, conviene quindi a chiunque nasca oltre ad altri o a lato ad altri, senza limite alcuno rispetto al grado di parentela, in cui sta cogli altri, a cui si aggiunge o a cui si pone a lato.

Tutti i discendenti da un *paterfamilias* vivente sono tra loro

¹⁾ È interessante seguire negli scritti suoi posteriori alle *Res Mancipi* le vicende del suo pensiero su questo punto. Nelle prime edizioni delle sue *Istituzioni* egli accenna nella nota unica al § 51 oscuramente al limite stesso, parlando di consorziarii paralleli al gruppo agnatizio « per l'ordine e il grado dell'agglomerazione ». Nella quarta edizione l'accento oscuro diviene chiaro. Nella stessa nota infatti spiega in una parentesi in che consista codesto parallelismo dicendo: « Poichè anche il vincolo dell'agnazione sembra che cessi al 6° grado » Il termine « sembra » posto in relazione all'induzione perfettamente giusta » delle *Res Mancipi* rivela il dubbio già insinuatosi nella sua mente. Nella quinta edizione il dubbio si muta in diniego. Tanto mi par di concludere dall'esservi la parentesi soppressa. Resta però ancora ferma l'affermazione, che ridiviene oscura, del parallelismo nell'ordine e nel grado dell'agglomerazione. Infine negli *Scritti giuridici varii* vol. II p. 283 è omissa il periodo del brano citato « La memoria dell'origine... normalmente viventi » e a p. 289 l'altro « Il Voigt pensa... comparazione ». Corrispondentemente nella 6ª ediz. delle *Istituzioni*, sempre nella nota unica al § 51, il B. non solo continua a non riprodurre la parentesi, ma non parla più di parallelismo « nell'ordine e nel grado dell'agglomerazione »; parla invece genericamente di consorziarii familiari paralleli al gruppo agnatizio divenuto oramai la *gens*.

²⁾ RIVIER *Droit de famille* p. 22; ZOLL nella *Grünhut's Zeitschrift* VII p. 26.

³⁾ Vedi FORCELLINI-DE VIT *ad h. v.* Così anche BONFANTE *Ist.* pag. 139 n. 2.

⁴⁾ BAUDRY nel *Dizionario* di DAREMBERG e SAGLIO *ad h. v.*; *ad in adgnatus* significherebbe secondo il BAUDRY *prope, iuxta*.

agnati ¹⁾ così i naturali che gli adottivi. Ora, data l'abitudine romana di prender moglie in giovane età, dovea facilmente verificarsi il caso di un padre di famiglia che vedesse quattro generazioni di discendenti naturali e data la possibilità di adottare in qualunque grado di discendenza, non è neanche concepibile limite alcuno nel numero delle generazioni tra naturali e finte o finte semplicemente che il *pater familias* poteva avere vivo sotto di sé ²⁾. Tutti ora questi agnati possibili oltre il 6° grado non perdevano certamente la loro qualità di agnati alla morte del *paterfamilias*. Che io sia agnato al mio terzo cugino fino a che vive il nostro comune ascendente supremo e non lo sia più dopo che egli è morto è cosa incredibile fino a che non sia provata e la prova manca del tutto.

Le numerose definizioni di *adgnatus*, che possediamo, non menzionano se non che la derivazione in giuste nozze da un capostipite comune nella linea maschile ³⁾. È possibile che, se l'agnazione finiva col sesto grado, in nessuna fosse ricordato questo limite?

In una di codeste definizioni è detto invece esplicitamente che l'agnazione si estende *in infinitum* ⁴⁾.

Come poi non è indicato un limite di grado come termine dell'agnazione, così non è indicato un dato grado come principio della gentilità in nessuna delle definizioni di *gentilis* ⁵⁾.

Venendo alle norme giuridiche sull'agnazione, è precisamente in relazione all'eredità legittima che Ulpiano al luogo citato ⁶⁾ dà valore all'agnazione *in infinitum*. Papiniano in relazione all'editto *unde legitimi* parla di agnati in ottavo grado ⁷⁾. Nelle istituzioni giustiniane leggiamo: *adgnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem et si decimo gradu sit, sive de lege XII tabularum quaeramus*, etc. ⁸⁾.

¹⁾ Vedi ad es. l. 7 D. 1. 7.

²⁾ Vedi in proposito il mio studio *Circa il limite della cognazione* p. 11 segg.

³⁾ GAIO 1, 156; 3, 10 (= Coll. 16, 2, 10); ULP. 11, 4, dove *virilis sexus* è determinato dal riguardo alla tutela; ULP. 1. 2 § 1 D. 38, 16, dove la stessa frase *virilis sexus* è determinata dal riguardo all'eredità; cf. l'altra definizione ulpiana in Coll. 16, 7, 1; PAUL. in l. 10 § 2 D. 38, 10; l. 1, 15 § 1; 3, 2, § 1.

⁴⁾ L. 2 § 1 D. 38. 16 ULP. *adgnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti... deincepsque ceteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum*.

⁵⁾ Vedi le note definizioni: l. 195 § 4 D. 50, 16; VARR. l. 178, 2, 4; FESTO epit. P. 94; CINCIO presso FESTO l. cit.; CIC. top. 6, 29; ISID. or. 9, 2, 1.

⁶⁾ Nella nota 4 precedente.

⁷⁾ L. 9 pr. D. 38. 8.

⁸⁾ § 5 l. 3. 5.

Ora il testo è preso dalle *res cottidianae* di Gaio ¹⁾, un autore così disposto a dare notizie storiche, che se un tempo la cosa fosse stata diversamente, probabilmente ce l'avrebbe detto; e la notizia sarebbe stata pure probabilmente riferita nelle istituzioni giustiniane, libro storico-dogmatico per eccellenza.

Il divieto di nozze esisteva benissimo sino al sesto grado nella linea collaterale, ma nella linea retta si estendeva all'infinito; *inter parentes et liberos infinite, cuiuscumque gradus sint, conubium non est*, dice Ulpiano ²⁾. La norma non solo conferma ciò che dicemmo, ossia che era possibile che esistessero e si conoscessero più di quelle tre generazioni che sono necessarie per avere il sesto grado, ma prova che anche nella linea collaterale l'agnazione andava all'infinito. Perchè non è pensabile che la parentela, s'intende con grado, vada all'infinito nella linea retta e che si arresti ad un grado nella collaterale, per mutarsi oltre a questo in gentilità, quando la collaterale risulta da due linee rette che mettono capo allo stesso capostipite. Oltre al 6° grado, l'esistere parentela o gentilità dipenderebbe allora non dal grado, ma dalla qualità della linea. Il fissare un limite di grado per le nozze nella linea collaterale era invece necessario, appunto perchè anche in questa la parentela andava all'infinito e fra certi parenti collaterali si volevano vietate le nozze fino ad un grado e si volevano ammesse oltre a questo.

Ce n'è adunque d'avanzo per ritenere che l'agnazione non aveva veramente limite di grado. Appunto perchè ce n'è d'avanzo, il Voigt è costretto a difendere la sua tesi sostenendo che l'estensione dell'agnazione oltre il sesto grado sia dovuta ad un'innovazione accaduta nell'età imperiale e provocata dalla caduta della gentilità ³⁾.

L'ipotesi è assurda. Cadendo infatti la gentilità, doveva cadere tutto il diritto ereditario dei gentili e non conservarsi, mutandosi in un diritto nuovo dell'*agnatus proximus* oltre il sesto grado. E come mai, laddove nella schiera dei cognati non può succedere chi era cognato al defunto oltre il sesto grado, salva l'eccezione del *sobrino natus*, precisamente quando l'agnazione tramontava a favore della cognazione

¹⁾ FERRINI *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniiano* in *Bull.* XIII p. 169.

²⁾ 5, 5. L'eliminazione che si voglia fare del termine *infinite* (vedi il SECKEL-KUEBLER *Iur. ant. ad h. l.*) lascia intatto il significato e il valore del testo. Cfr. PAUL. 2, 19, 6.

³⁾ *Ius natur.* III p. 1196.

si sarebbe ammessa la successione degli agnati senza limite di grado? Come mai il Pretore, tanto favorevole alla cognazione, avrebbe ammessa l'estensione a codesto modo della categoria *unde legitimi*, invece di favorire i cognati, lasciando sussistere l'antico limite dell'agnazione? Oltre al non capirsi il perchè di queste innovazioni, non se ne comprende il modo. La successione degli agnati e dei gentili è fondata sulle XII tav. La desuetudine potea far cadere la gentilità e i suoi diritti, ma chi o che potea fare il miracolo di far succedere a titolo di agnato secondo il grado di prossimità chi era prima soltanto gentile, quando le XII tav. negavano ai gentili persino il nome di agnato (si ricordi: *si adgnatus nec escit*) e quando per codesta legge o succedeva la *gens* e non i singoli, com'io penso, o succedevano tutti i gentili in parti uguali, secondo che altri pensa? Neanche la giurisprudenza avea di simili poteri.

Che cosa possano valere dopo ciò per la tesi del Voigt il testo di Trebazio e i dati che prende dal Klenze non è chi non veda. È ad esuberanza perciò che io ricordo che per la stessa ragione per la quale essi non servono all'idea di un limite della cognazione ¹⁾, non servono nemmeno a quella di un limite dell'agnazione.

Sopra uno di codesti dati mi devò tuttavia soffermare per certe osservazioni rilevanti, a cui ciò che dice il Voigt si presta e che possono tornare utili, anche se alla sua idea non avesse più a credere alcuno.

Il Klenze adoperava i dati in discorso in relazione alla cognazione per il solo motivo che i Romani o parlino della nomenclatura parentale ²⁾ o parlino del divieto di nozze tra parenti e circa a questo siano giuristi ³⁾ o non giuristi ⁴⁾ a scrivere, discorrono sempre di cognati e mai di agnati. Da simili testi relativi al divieto di nozze tra parenti si è sempre perciò desunto che il divieto correva tra cognati. Tanto più che non v'ha esempio storico di nozze tra cognati non agnati entro il grado nel quale il matrimonio è vietato ⁵⁾.

Il Voigt comprende tutta la gravità dell'ostacolo che alla sua ar-

¹⁾ Vedi il mio citato lavoro *Circa il limite della cognazione*, p. 8 sg. e 24 sg.

²⁾ Vedi particolarmente l. 10 § 6 segg. D. 38. 10.

³⁾ Vedi ad es. ULP. in Coll. 6. l. 3. Cito il testo anche perchè vi si dà una notizia storica.

⁴⁾ Liv. al luogo riferito in *Hermes* 4, pag. 372; PLUT. *Quaest. Rom.* 6. 108. TACITO *Ann.* 12, 6 può intendersi così dell'agnazione che della cognazione.

⁵⁾ Mere leggende sono i racconti in LIV. 1. 42; DIONISI 4. 28; vedi MOMMSEN *Strafrecht* p. 683 n. 2.

gomentazione fondata sul divieto di nozze in discorso opponeva il parlare i testi di cognazione e non di agnazione e cercò di vincerlo in una maniera molto semplice, supponendo cioè che il diritto familiare antico avesse esclusivamente per base l'agnazione e che soltanto nei primi tempi dell'impero sia avvenuto un passaggio dal *rigor* all'*aequitas*, alla *sanguinis ratio* ¹⁾. Allora il divieto di nozze fra agnati divenne divieto di nozze fra cognati e i limiti dell'agnazione divennero i limiti della cognazione asseriti dal Klenze.

Se la maniera è semplice, è però anche arbitraria. Siamo innanzi soltanto al preconetto, che, se in un diritto predomina in un dato tempo l'agnazione, si deva dire che in un tempo precedente non producesse il menomo effetto la cognazione e che il riguardo a questa sia una sopravvenienza. Una simile idea non è che un'applicazione particolare di una idea generale. Ed è che le istituzioni più caratteristiche e sempre più esclusive via via che si risale il corso della storia, proprie dei romani, costituiscano il loro diritto iniziale, il diritto esistente, quando il popolo romano sorse. Tutte le istituzioni diverse o contrarie non possono essere che venute di poi, con l'effetto di scemare e, quasi direi, di contaminare la purezza originaria del diritto primo, considerato come innato nel popolo stesso. Con un simile concetto in capo riesce necessario ragionare così: il divieto di nozze fra parenti è istituto primitivo dei romani. La parentela agnatizia è caratteristica del diritto dei romani e sempre più dominante quanto più si risale nel tempo. Anch'essa è adunque istituto primitivo; è la sola parentela riconosciuta alle origini. Primitivo quel divieto, primitiva questa parentela, conviene dire che il divieto in discorso correva primitivamente solo tra agnati.

Idea generale e applicazione particolare si fondano sopra un postulato erroneo. Un diritto purissimo di stile non esiste. Elementi contraddittori ai tratti fondamentali di un diritto possono riscontrarsi e si riscontrano anche negli stadi primitivi suoi. Perchè il « primitivo » è sempre tale in relazione alle nostre nozioni. Dietro al « primitivo » sta una lunga storia, durante la quale, per motivi vari, precipui tra questi il sovrapporsi e mescolarsi incessante dei popoli ²⁾ e i contatti tra loro,

¹⁾ *Ius nat.* III p. 1191 seg.; p. 1196.

²⁾ Per un simile sovrapporsi e mescolarsi di popoli nell'età preromana in Italia vedi HIRT *Die Indogermanen* p. 157 segg. Spiega con una mescolanza d'in-

come si formarono gli istituti, che consideriamo caratteristici di un diritto, così si distrussero istituti precedenti che possono avere lasciati residui e possono essersi formati i germi dei nuovi destinati a sostituire col tempo gli istituti caratteristici per il momento trionfatori. E non è neppure raro che i residui di antichi istituti si rianimino e quelli che ci sembrano principi nuovi, che ampliano il loro dominio, non siano altro che principi primitivi, i quali lungamente oppressi o persino giuridicamente soppressi, ma non del tutto estinti nel costume e nella coscienza, riprendono vigore. L'idea adunque che, dove troviamo due principi regolatori della stessa sfera di rapporti, di cui l'uno cede via via il terreno, che prima occupava, quasi per intero all'altro, si deva giungere, movendo a ritroso, verso il dominio puro del primo è veramente senza base ¹⁾. Ed è poi troppo evidente che la coesistenza primitiva dei due principi non è un fenomeno più stupefacente della coesistenza successiva. A dir meglio è ugualmente naturale l'una quanto l'altra. Solo le prove documentali possono perciò servire a stabilire la pretesa gravità originaria.

Nel nostro caso del divieto di nozze fra parenti codeste prove fanno, come si è veduto, interamente difetto. Devo aggiungere che a favore della sua applicazione originaria ai cognati sta la natura stessa del divieto. Va ricordato infatti, e su questo punto ritornerò, che se una delle basi dell'agnazione è la potestà, l'altra è la discendenza dall'ascendente comune, a cui la potestà compete, cioè la cognazione. Gli agnati non sono tali meramente, perchè sono o furono o sarebbero stati sudditi dello stesso *pater*, ma perchè veramente o fittiziamente discendono da lui. Onde hanno tutti fra loro un grado di parentela e il grado non può darlo la sudditanza; lo dà soltanto la

dogermani conquistatori coi popoli che prima di loro abitavano i singoli territorii conquistati le forti differenze tra i popoli indogermanici il MEYER *Geschichte des Alterthums* vol. I parte II p. 756 e riconduce i vari isolati ordinamenti di diritto materno che si trovano presso gli indogermani ad influenze straniere o al persistente nomadismo o alla ricaduta in esso di certe razze; *ibid.* p. 769. Vedi per altri esempi p. 115 in nota.

¹⁾ Giustamente scrive perciò IULIUS LIPPERT *Kulturgeschichte der Menschheit* p. 24: « Vedremo che presso tutti i popoli europei lottano certe vedute contraddittorie, dal compromesso fra le quali sorge il diritto vigente ». Ciò vale anche dei sistemi di parentela. Vedi *ibid.* p. 19 per l'influenza giuridica dei conquistati sui conquistatori. Vedi conformi idee anche in BONFANTE *Storia del dir. rom.* 2ª ed. pag. 591.

cognazione. Il divieto ora di nozze tra parenti non ha evidentemente la sua base nella sudditanza, ma nella cognazione, in quella cognazione che determina appunto il grado entro il quale corre il divieto. Se il padre non può sposare la figlia adottiva, che ha nella sua potestà, nè il fratello può sposare la sorella adottiva, che sta con lui nella stessa potestà, gli è perchè rispettivamente la figlia e la sorella adottiva sono appunto figlia all'uno e sorella all'altro, vale a dire perchè sono fittiziamente loro cognate. Posto questo, era inevitabile che agli effetti del divieto in discorso la mera cognazione valesse quanto l'agnazione congiunta alla cognazione naturale o finta. Se il padre dà a nozze *cum manu* la figlia naturale e in seguito questa rimane vedova, essa resta sua figlia e non la può sposare perchè figlia, ora che gli è meramente cognata, per lo stesso motivo per il quale non la potea sposare quando gli era agnata-cognata. Nè per un motivo identico il fratello di codesta figlia, sia rimasto o no nella potestà del padre, potrà sposare la sorella divenuta vedova. Il senso di questa base e ragione del divieto era tale presso i Romani che lo mantennero tra ascendenti e discendenti adottivi, anche quand'era cessato il rapporto di adozione. La cognazione nata dall'agnazione durava in questo caso oltre il momento, in cui era cessata l'agnazione e perciò durava anche l'impedimento. Dobbiamo vedere il frutto di uno svolgimento storico nel principio che l'adozione è d'impedimento tra collaterali solo finchè dura il rapporto di adozione. Ma lo svolgimento consiste non nel sostituire la cognazione, all'agnazione, ma nel mantenere ferma la forza impediante della cognazione finchè essa esiste in forza dell'agnazione e nel non ammettere fra collaterali che la cognazione rimanga, quando è cessato il rapporto di agnazione, che la creava¹⁾.

Quella costante imitazione del diritto della città che viene fatta in relazione ai servi nel campo della proprietà, delle obbligazioni, parzialmente in quello dell'eredità e nel campo stesso familiare dovea perciò importare

¹⁾ È possibile che a far ammettere questo principio e a far sostituire anteriormente alla fine della seconda guerra punica il sesto grado col quarto e all'età di Claudio, dentro i limiti noti, il terzo abbia influito l'esempio dei popoli orientali e specialmente greci che permettevano persino il matrimonio tra fratello e sorella che avessero solo il padre comune (così in Atene) o tra qualunque fratello e sorella (così in Egitto). Cf. WENGER *Das Recht der Griechen* p. 195-6 e MOMMSEN *Strafrecht* p. 116 n. 3. 4.

che la cognazione servile fosse di impedimento al matrimonio sino da età antichissima. Non è a parlar d'agnazione tra servo manomesso e figlia da lui avuta da donna libera, o serva essa stessa e poi manomessa. Ma appunto perchè anche fra agnati era la cognazione il motivo dell'impedimento e non l'agnazione, appunto perciò sorge l'impedimento tra già servo e libero o tra già servi liberati¹⁾.

Non mi trattengo più oltre su questo punto. Posso senz'altro dire che il Voigt certamente errava e il B. ha non una ma mille ragioni di respingere ora il suo preteso limite dell'agnazione. Ma l'errore del Voigt era di scarsa importanza in paragone a quello a cui il B. era indotto da esso.

Che cosa veniva a dire il Voigt affermando che l'agnazione cessava in antico col sesto grado? Questo: presa una persona, da cui si parte, preso cioè un *io*, sono agnati dell'*io* tutte le persone che, secondo il computo romano della parentela gli sono parenti civili entro il sesto grado. Il Voigt insomma descriveva e limitava la *parentela* agnativa di una data persona.

Che cosa veniva invece a dire il B.? Questo: sono agnati i parenti civili tra loro entro il sesto grado. Questi parenti tra loro entro il sesto grado costituiscono il gruppo agnatizio. Il B., dicendo ciò, sopprimeva l'*io*, da cui muoveva il Voigt, sopprimeva cioè la persona costante, colla quale venivano messi in relazione tutti i suoi parenti, per vedere quale stava con essa entro il sesto grado di parentela e quale no e definiva gli agnati come un insieme di persone determinate da ciò che tutte a) sono parenti tra loro, b) solo tra loro, c) ma così che prese due a due nessuna è parente dell'altra oltre il sesto grado.

Può ora darsi anche questo caso. Esso si verifica precisamente,

¹⁾ All'idea di congiungere il divieto di nozze tra parenti esistente nel diritto indiano alla mera soggezione alla medesima *potestas* era già pervenuto il SUMNER MAINE. Si possono però leggere contro di lui in *The patriarchal Theory based on the papers of the late JOHN FERGUSON MCLENNAN edited and completed by DONALD MCLENNAN* 1885 p. 194 queste parole: « Quanto alla possibilità di giustificare l'idea che non c'era matrimonio fra le persone sotto la stessa *potestas*, noi conosciamo divieti di matrimonio soltanto in connessione col riconoscimento di una parentela fondata sul sangue; e che valgono quindi non per le persone che vivono sotto lo stesso capo dello stesso gruppo, ma per tutte le persone che si ritengono dello stesso sangue vivano o no nello stesso gruppo ». Il diritto romano si uniforma adunque al diritto indiano, in quanto, se in esso il divieto di nozze corre anche tra agnati non cognati, ciò dipende solo dal principio, *adgnatus quibus adgnascitur et cognatus fit*.

quando secondo il diritto una persona non possa avere ascendenti maschi e possa invece avere discendenti. Il figlio illegittimo di donna romana, lo schiavo manomesso non hanno giuridicamente padre. L' uno e l' altro possono però giuridicamente avere discendenti. I discendenti da' essi delle tre prime generazioni sono quindi necessariamente parenti tra loro, solo tra loro e presi due a due nessuno è parente dell' altro oltre il sesto grado.

Fuori di quest' ipotesi eccezionale, il caso non si verifica più. Siccome la parentela tra due persone è data dalla loro comune discendenza da un capostipite comune, per quanto lontano, così chiunque non possa indicare un fondatore della stirpe, da cui non disti più di tre generazioni, ma o possa indicare un fondatore più remoto o non possa, come avviene il più spesso, indicarne nessuno, perchè discende da una serie infinita di ascendenti, può avere parenti in grado superiore al sesto.

Entro la società romana adunque i gruppi agnatizi sarebbero stati codesti soli descritti formati dai discendenti delle tre prime generazioni di un fondatore della stirpe, perchè privo di ascendenti. Cioè solo una piccola parte della società romana sarebbe stata distribuita in gruppi agnatizi. Tutta l' altra, nella quale erano comprese le stirpi migliori e più antiche, no.

Il B. cercò di superare questo ostacolo alla sua ipotesi e credette di averlo superato in un modo che non è neppure da biasimare, perchè è forse il solo al quale poteva ricorrere. Normalmente non vivono che tre generazioni, egli dice. Così elimina dalla vita il proavo prima che diventi abavo¹⁾. La memoria dell' origine comune si perde dopo il sesto grado, egli scrive ancora. Così egli elimina l' abavo dalla memoria. Ognuno non ricorda che il proavo e naturalmente, ricordando questo solo, nessuno può dire di essere parente di un altro che entro il sesto grado. Il proavo diventa in causa di quest' amnesia per ciascuno il fondatore della stirpe. Esso prende precisamente il posto del figlio illegittimo di donna romana, dello schiavo manomesso.

Entrambe le affermazioni sono fatte evidentemente senza pensare alla discendenza adottiva²⁾. E già per questo l' ostacolo non è vinto.

¹⁾ Interpreto, come appare, il B. nel senso che nelle tre generazioni non compaia il bisnonno vivo.

²⁾ Vedi p. 93 n. 2 Della discendenza adottiva mi pare del resto che si siano dimenticati tutti quelli che parlarono di un limite al sesto grado, come un fatto

Ma non è vinto neppure considerando soltanto la discendenza naturale.

Quanto alla prima affermazione, se è normale che non esistano che tre generazioni insieme alla persona da cui derivano, è pur possibile come si è visto, che il proavo diventi abavo¹⁾. Un diritto familiare deve ora avere riguardo non solo ai casi normali ma anche agli eccezionali ed agli eccezionalissimi. Poichè era possibile che quattro generazioni vivessero sotto la potestà dell'abavo e quindi che un discendente della terza generazione in una linea fosse agnato in settimo grado col discendente della quarta generazione nella linea collaterale e i discendenti collaterali della quarta generazione fossero agnati tra loro in ottavo grado, non potea assolutamente il diritto ordinare in un gruppo chiuso soltanto i discendenti delle tre prime generazioni. Altrimenti in codesto caso, posto pure che l'abavo fosse sul serio il fondatore della stirpe, morto che egli fosse, o tutta la massa di codesti agnati non avrebbe formato gruppo, perchè non rispondeva più alla definizione del gruppo agnatizio - e questa sarebbe la conclusione logica della teoria del B. - o almeno i discendenti della quarta generazione avrebbero cessato di valere per agnati ai discendenti delle generazioni precedenti. Nel qual caso quei discendenti ultimi sarebbero stati in quella condizione giuridica disastrosa, in cui è il figlio illegittimo di donna romana e non è nemmeno lo schiavo manomesso, il quale almeno ha un patrono.

Quanto alla seconda affermazione, ho bisogno di spendere parola per dimostrare che l'amnesia, di cui il B. si giovava, era del tutto immaginaria? Se io pronipote ricordo il bisnonno col quale ho vissuto, è più che probabile che il bisnonno mi abbia parlato del bisnonno suo col quale visse. Ed ecco che la mia memoria risale sino ad un capostipite lontano da me sei generazioni ed arrivo a determinare la mia parentela con persone che mi sono parenti in dodicesimo grado. La possibilità di stabilire la parentela in gradi superiori, di molto anzi superiori al sesto risulta dagli stessi limiti che vengono posti al diritto di successione ereditaria a titolo di parentela. Se il pretore romano fissò la successione a titolo di cognazione fino ad un caso di paren-

universale nel mondo indogermanico, spiegandolo colle tre generazioni normalmente viventi.

¹⁾ Vedi p. 93.

tela in settimo grado e se la nostra legge fino a ieri lo fissò sino al decimo grado, è precisamente perchè è possibile la prova della discendenza da un capostipite comune lontanissimo. Onde io non posso non approvare il Rivier¹⁾, in quanto, accettando il limite dell'agnazione affermato dal Voigt, lo accetta per questo motivo soltanto che i romani avevano le loro genealogie e le conservavano accuratamente, così che a non ammettere codesto limite, gli agnati di una persona sarebbero stati un tutt'uno colla sua *gens*. Il Rivier erra ad accettare il limite, erra nel credere a questa confusione. Ma almeno rispetta le facoltà mnemoniche degli arii padri²⁾.

Posti tutti i parenti in un gruppo formato delle tre prime generazioni da una persona, il B. si trovò costretto a negare alla *gens* il carattere di gruppo agnatizio.

L'idea che i gentili siano degli agnati, egli scriveva, non è originaria, è una mera astrazione³⁾. La gentilità è una nazionalità; la *gens* era uno Stato ed era anticamente intesa per tale. L'idea di *gens* dataci da Ulpiano⁴⁾ non sarebbe quindi antica, ma nuova⁵⁾. Ora naturalmente egli ha lasciato cadere anche questo concetto. La *gens* è anche per lui, come per la generalità degli scrittori, il gruppo agna-

¹⁾ Op. cit., p. 22.

²⁾ Avanzo un dubbio forse infondato ed è che questa idea del B. derivi da un'inesatta interpretazione di certe parole del SUMNER MAINE. Questi nei suoi *Études sur l'ancien droit* p. 77, parlando dei parenti Sapinda del diritto indiano dice che gli antenati, che il discendente deve propiziarsi con sacrificii, sono quelli di cui si ricorda o di cui almeno potrebbe ricordarsi; quindi i tre antenati che ha sopra di sé, ossia il padre, il nonno, il bisnonno. Ma da quanto dice subito dopo nella stessa pagina, appare che per « ricordarsi » intende l'aver convissuto e non è perciò affatto questione di « memoria dell'origine comune ». Temo che il B. abbia inteso invece il ricordare in questo secondo senso, che certo il MAINE non gli attribuiva. Di mera possibilità di convivenza e non di conoscenza parla anche, descrivendo i parenti Sapinda, il JOLLY *Recht u. Sitte* p. 77.

³⁾ *Res mancipi* p. 292.

⁴⁾ L. 195 § 4 D. 50. 16.

⁵⁾ La definizione più antica di CINCIO ALIMENTO presso FESTO (v. *gentilis*) si riduce ad indicare il segno caratteristico, dal quale si conosce che uno è congenite ad un altro. Non altro fa anche la definizione tra di SCEVOLA e di CICERONE *Top.* 6. 29, benchè in questa si aggiunga qualche cosa a quel segno. Dato lo scopo delle due definizioni, è palese che della natura parentale della *gens* non si parlasse in esse. Questo non vuol dire che i loro autori la ignorassero. Cadono così le deduzioni che dalle due definizioni trae il B. *Res mancipi* pag. 290. Va anche notato che in VARRONE l. 1. 8, 4 codesta natura è apertamente dichiarata e VARRONE è contemporaneo di CICERONE.

tizio, il solo gruppo agnatizio superiore alla *familia proprio iure* che possedettero i romani. Sempre ad uso di quelli che non lo volessero seguire nella sua conversione, osservo che Ulpiano non è inventore di idee e, fosse pur tale, l'idea di *gens*, che egli ci dà, non è di quelle che s'inventano. Perchè poi l'avrebbe inventata? Ancora: tutte le società, che usiamo chiamare primitive, perchè il nostro sguardo non va oltre nella storia umana, si distribuiscono in consorzi parentali o intesi per tali, prima che in consorzi territoriali. Come mai i romani avrebbero fatto eccezione alla regola col distribuirsi invece in nazioni? Gli studiosi del mondo indogermanico fanno derivare la *gens* e gli istituti ritenuti analoghi dall'estensione e dalle susseguenti divisioni di una famiglia fondata da un antenato ¹⁾. Io non credo a questa ipotesi se non per il tempo in cui nella *gens* si era formata la famiglia e ogni *gens* si divideva in famiglie ²⁾. A codesto tempo ne precedette però con ogni verosimiglianza un altro, in cui la *gens* era benissimo un consorzio fondato sulla comunanza di sangue, ma senza ordinamento parentale ³⁾, così che le ammissioni di estranei devono avere allora preso la forma di ammissione ad una parentela senza grado ⁴⁾. Dire come si sia formato questo tipo di consorzio parentale, dire in particolare che sorse davvero per l'ampliarsi della discendenza di una persona o nella linea maschile o nella linea femminile è impossibile. Dobbiamo prenderlo come il primo dato, nello stesso modo che dobbiamo prendere come primo dato la gente storica romana. Quello era formato di persone ritenute parenti senza grado e s'am-

¹⁾ HIRT op. cit. p. 425.

²⁾ Allora infatti è possibile che una famiglia si distaccasse dalla *gens* ed estendendosi e suddividendosi in più famiglie, finisse col divenire una nuova *gens*. Così probabilmente sorsero le *gentes plebeiae* che non sono poi che una caricatura recente delle *gentes* patrizie. Dico « caricatura » perchè l'opinione professata dal MOMMSEN, dal MARQUARDT, dallo HERZOG, dal BINDER, secondo la quale le *gentes* sono limitate giuridicamente al patriziato, mi sembra indiscutibile, nonostante che sia stata combattuta ad es. dal MEYER e dal BOTSFORD. Neanche il KNIEP (GAI I p. 259 segg.) l'ultimo suo contraddittore reca, a mio avviso, argomenti validi contro di essa. Soggiungo però che, anche a famiglia formata, è più verisimile che si distaccassero dalla *gens* non una, ma più famiglie insieme; una frazione insomma un po' vasta della *gens*, che fosse atta a difendersi e ad offendere, ciò che difficilmente potea fare una sola famiglia.

³⁾ Vedi più innanzi le conformi deduzioni del FICKER rispetto alla *Stippschaft* p. 108 e quanto dico a p. 123.

⁴⁾ Cf. MEYER *Geschichte des Alterthums* I p. 34. Vedi anche id. *ibid.* p. 19-20; pag. 22.

pliava per aggiunzione di parenti veri o finti; questa era storicamente formata di parenti nella linea maschile, ciascuno dei quali era parente con alcuni congeniti in un grado noto ed in un grado ignoto con tutti gli altri. Scrivendo i giuristi romani in un tempo in cui la famiglia esisteva, dovettero pensare che la *gens* fosse sempre e solo l'ampliamento di una famiglia. L'idea loro non ha importanza come notizia storica, ma la ha come attestazione della grande antichità della concezione della *gens* come gruppo agnatizio.

Antichità confermata da qualche norma di origine indubbiamente remotissima. La principale, quella su cui si fondava il Voigt per la sua teoria circa la gentilità, si è che non si entra nella *gens* che entrando in una famiglia ¹⁾. Ha, oltre a questo fatto, notevole importanza anche l'altro che la *gens* esercita gli stessi diritti di eredità e di tutela, che competono agli agnati. Se l'idea di Ulpiano di *gens* fosse una novità, se veramente i romani in antico avessero visto nella *gens* una nazione, uno Stato e non un'unione di tutti i parenti civili, codesta norma non si sarebbe stabilita, quando vediamo che essi non ammisero se non in età tardissima un'eredità dello Stato, la quale non era poi effettivamente eredità e appena qualche caso di tutela dello Stato, che era politica e non privata ²⁾.

Possiamo ora rivolgerci al raffronto che il B. faceva e in parte fa tuttora cogli altri gruppi ch'egli chiama arii e che i più oramai chiamano indogermanici o indoeuropei, soffermandoci particolarmente sulla *Sippe* come il più noto, se anche non in tutto ben noto, e come quello che domina tutt'oggi e dirige il pensiero del B.

Della *Sippe* il B. faceva nel 1889, anno in cui finì di pubblicare le *Res mancipi* questo ritratto.

Essa « è l'unità sociale immediatamente subordinata al villaggio ». I membri veri della *Sippe*... sono i parenti maschi della linea paterna o parenti di spada: sebbene presso i Germani par che si tenesse conto in parte o si cominciasse a tener conto (perchè questo argomento è assai oscuro) della parentela per parte di donna ». « L'appartenere alla *Sippe* cessava dopo un certo numero di generazioni o di gradi ». Secondo i germanisti questo limite fu « fissato per la prima volta dalle

¹⁾ *Ius nat.* III p. 1163 n. 1801.

²⁾ Cf. MITTEIS *Privatrecht* I p. 349 n. 4.

leggi barbariche». I germanisti hanno torto. In base alla «comparazione colle altre stirpi ariane» noi siamo condotti, egli ci dice, «a discostarci alquanto dall'induzione degli scrittori. È probabile che la legge abbia semplicemente sancito il limite al quale la consuetudine faceva cessare la memoria della origine comune e quindi l'appartenenza naturale alla *Sippe*». Circa la «costituzione primitiva» della *Sippe* si può ritenere con verisimiglianza che in essa «l'impero spetta al primogenito, al primo nato nella linea primogenita o al più anziano suo parente». La funzione della *Sippe* è «la conservazione dell'ordine e della pace» tra i suoi membri; di qui il diritto di vendetta della *Sippe* e la sua esposizione alla vendetta. La *Sippe* ha ancora la tutela delle donne vedove o nubili e degli impuberi e costituisce una unità militare¹⁾.

Il ritratto è riprodotto dal B. ora nei suoi *Scritti giuridici vari*²⁾ con l'omissione però di un tratto, vale a dire la cessazione dell'appartenenza alla *Sippe* dopo un certo numero di generazioni o di gradi. Io devo però considerare anche il tratto omissso, perchè poteva senza taccia d'inesattezza non essere omissso e appunto perciò v'ha il caso che alcuno se ne giovi, per ritornare all'idea di una *Sippe*, gruppo formato di un certo numero di generazioni.

La figura della *Sippe*, che il B. delineava esattamente in conformità allo stato della scienza del tempo, due anni dopo era divenuta una figura di fantasia e tale è rimasta. Nel 1891 compariva infatti il primo volume dell'opera del Ficker³⁾, nel quale l'autore giungeva intorno alla *Sippe* a risultati ben diversi da quelli sino allora accolti.

Il Ficker distingue e dietro a lui distinguono oramai tutti i germanisti tra la *Sippe*, detta anche «*Sippe mobile*» e la *Sippschaft*, detta anche «*Sippe fissa*». La *Sippe* appartiene alla storia; la *Sippschaft* alla preistoria.

La *Sippe* si costruisce così: presa una persona, tutti i suoi cognati, tutti cioè i suoi parenti sia nella linea maschile che nella femminile, i quali hanno come tali dei diritti o dei doveri rispetto a codesta per-

¹⁾ *Res mancipi* p. 296-297.

²⁾ Vol. II pag. 236 seg.

³⁾ *Untersuchungen zur Erbfolge der ostgermanischen Rechte*. Riassumendo in seguito le conclusioni del FICKER, io vengo a dire cose note ai germanisti; ma del dirle sono scusato da ciò che sono verosimilmente ignote o men note al pubblico romanistico, per il quale scrivo.

sona, commisurati al grado di parentela in cui sono con essa, formano una *Sippe*. Le funzioni che il B. considera proprie della *Sippe*, tolto il formare essa un'unità militare, cioè il diritto e l'esposizione alla vendetta e la tutela, sono proprie, con altre parecchie e che egli non considera, fino dall'età più remota¹⁾ di questa *Sippe*. Gli effetti della parentela variano dentro la *Sippe* a seconda del grado di parentela. Per un effetto occorre un grado più vicino, per un altro basta uno più lontano e lo stesso effetto può variare d'intensità colla distanza di grado; ad esempio, mentre tutti i parenti entro un grado hanno diritto al prezzo di composizione, chi è più vicino partecipa al prezzo stesso in proporzione maggiore di chi è più lontano.

È chiaro ora che questa *Sippe* non ha la più lontana analogia col gruppo agnatizio che immaginava il B.

Questo *a)* è un gruppo; *b)* agnatizio; la *Sippe a)* non è un gruppo; *b)* non è agnatizia.

Non è un gruppo. La *Sippe* è infatti personale. Ogni persona ha la sua *Sippe*, che è diversa, tolto il caso di fratelli e sorelle germani, dalla *Sippe* di qualunque altra persona. La *Sippe* del padre non può essere quella del figlio, perchè il parente al padre in un grado non può essere nello stesso grado parente al figlio. La *Sippe* mia non può essere quella di mio fratello uterino, perchè, essendo il padre suo diverso dal mio, lui ha dei parenti per parte di suo padre che non ho io, e lui non ha i parenti per parte di mio padre che ho io. Una persona può appartenere a molte *Sippen*; essa apparterrà precisamente a tante *Sippen* quanti sono i suoi parenti rispetto ai quali ha per la parentela diritti e doveri commisurati al grado di distanza in cui si trova da loro. Il fratello ad esempio del padre apparterrà in un grado alla *Sippe* del padre ed in un altro a quella del figlio. Manca dunque alla *Sippe* tutto quanto può giustificare in qualche modo l'applicazione ad essa del nome di « gruppo parentale »; manca l'organizzazione, manca un suo funzionamento come unità sociale; manca persino la convivenza tra i suoi membri. Essa non ha, perchè non può averlo, un luogo dove stia, come un tempo si credeva²⁾.

La *Sippe* non è agnatizia; è cognatizia. Per quanto si risale colla

¹⁾ FICKER op. cit. I p. 236.

²⁾ Vedi contro questa credenza F. KLUGE *Sippenstedelungen und Sippennamen* nella *Vierteljahrsschrift f. Social und Wirthschaftsgesch.* vol. VI fasc. I.

memoria la parentela nella linea maschile conta per i diritti e doveri accennati quanto la parentela nella linea femminile. Diritti che non hanno alcun rapporto fra loro mostrano una perfetta coincidenza su questo punto. E se mai è possibile un dubbio, non è che il riguardo alla parentela nella linea maschile abbia preceduto il riguardo alla parentela nella linea femminile, ma è invece l'opposto ¹⁾.

Il B. che invocava un istituto storico certo come termine di confronto per far credere all'esistenza del suo gruppo agnatizio, metteva quindi le mani sopra un istituto che gli nega assolutamente questo servizio. La *Sippe* è una mera parentela; è il nome di quella cerchia di parenti di un *io* di fronte ai quali l'*io* ha certi diritti e doveri. Quindi per questa parte corrisponde perfettamente agli agnati romani, come furono sempre concepiti, ossia l'insieme dei parenti di un *io*. Non corrisponde a questi sia perchè è cognatizia e sia perchè non abbiamo traccia, come si è visto, di limiti di grado entro il quale l'agnato avesse diritti e doveri verso l'agnato. I limiti di grado compaiono in certe disposizioni relative ai cognati e valgono allora per gli agnati solo in quanto l'agnato vale anche generalmente per cognato all'agnato.

Chi volesse tuttavia persistere ancora nell'idea di un gruppo agnatizio, dopo che il B. la ha lasciata cadere, può trovare un rifugio nella *Sippschaft*.

Dal trovarsi parlato di *Genealogia*, *Fara*, *Propinquitas*, *Magschaft*, che coltiva collettivamente un territorio e forma una parte dell'esercito, si è dedotto che in un tempo normalmente preistorico e solo per qualche popolazione storico ²⁾ esistevano delle vere e proprie organizzazioni di parenti, che si designano col nome dato loro dal Ficker di *Sippschaften*. Combinando qualche notizia data dalle fonti del diritto germanico storico con i risultati e le ipotesi della comparazione storico-giuridica e con alcune deduzioni logiche, il Ficker è giunto a darci di codeste organizzazioni questo quadro.

Sono formate o dai discendenti nella linea maschile di un capo-

¹⁾ Per tutto questo discorso sulla *Sippe* vedi FICKER op. cit. I pp. 235-236. Quanto in particolare al carattere cognatizio della *Sippe*, esso non è nemmeno controverso. Concordano infatti nel punto BRUNNER op. cit. p. 81-82; HEUSLER, *Institutionen des d. Privatrechts* II pp. 272-274; SCHRÖDER *Lehrbuch* ⁵ p. 64; STOBBE *Handbuch* V p. 63; SCHUPFER *La famiglia presso i Longobardi* in *Arch. giur.* I (1868) p. 15; p. 25.

²⁾ Ad es. per i Longobardi; vedi FICKER op. cit. I p. 238.

stipite comune maschio, o dai discendenti nella linea femminile di un capostipite femmina ¹⁾. In origine non si ha nella *Sippschaft* un giusto matrimonio ²⁾; nè si distinguono gradi di parentela entro il gruppo, ma tutti i membri di questo valgono come parenti in pari grado ³⁾. I nati da membri del gruppo appartengono in questa condizione al gruppo anzichè essere in determinato rapporto coi loro genitori ⁴⁾. Le unioni sessuali avvengono entro la *Sippschaft* ⁵⁾. La quale costituisce un gruppo esclusivo; ogni persona non può che appartenere ad una *Sippschaft* e tutti i parenti stanno in una unica *Sippschaft* ⁶⁾. Esiste in essa primitivamente la più assoluta comunione di beni sia immobili che mobili ⁷⁾. La *Sippschaft* ha un capo, che esercitava su di essa un potere arbitrario, avente per fondamento naturale la potestà che il generatore o il fratello della madre esercita sul figlio non adulto e che si perpetua nell'adulto ⁸⁾. La potestà stessa però, ampliandosi la *Sippschaft* dal primo nucleo del genitore e della donna coi figli o del fratello della madre coi figli di questa, si distacca da codesta base ⁹⁾. La *Sippschaft* si estende finchè le necessità della vita importano distacchi e divisioni ¹⁰⁾. Col prendere piede e forza il giusto matrimonio, i figli sono posti in relazione con dati genitori e si determinano gradi di parentela che acquistano valore giuridico ¹¹⁾. Il matrimonio diviene poi esogamico, ma, se prima importava un ingresso del coniuge straniero nella *Sippschaft* dell'altro e l'abbandono della propria ¹²⁾, in seguito il coniuge straniero resta nella propria *Sippschaft* ¹³⁾. Una volta distinti i gradi di parentela, ogni persona ebbe la sua *Sippe* nella *Sippschaft*. La *Sippe* era la stessa quanto ad estensione per tutti i membri della *Sippschaft*. Soltanto se si ammette che sempre la parentela non abbia contato che dentro un certo grado, essa era uguale per tutti i parenti di una stessa genera-

¹⁾ Op. cit. I p. 237.

²⁾ Ibid. p. 242.

³⁾ Ibid. p. 243.

⁴⁾ Ibid. p. 239; 243.

⁵⁾ Ibid. p. 242.

⁶⁾ Ibid. p. 239.

⁷⁾ Ibid. p. 241.

⁸⁾ Ibid. p. 241-42.

⁹⁾ Ibid. p. 246.

¹⁰⁾ Ibid. p. 239.

¹¹⁾ Ibid. p. 243.

¹²⁾ Ibid. p. 242.

¹³⁾ Ibid. p. 243.

zione, diversa per i parenti appartenenti a diverse generazioni, dovendo necessariamente avvenire che chi era parente al padre nel grado estremo, non fosse più parente al figlio ¹⁾. Quando poi il coniuge straniero rimase nella propria *Sippschaft*, la *Sippe* personale stette in più *Sippschaften*. Via via le funzioni della *Sippschaft* passano alla *Sippe* e sono regolate secondo la maggiore o minore distanza di grado della parentela. Si sviluppa la proprietà individuale sui mobili. La *Sippschaft* si riduce a non avere altra funzione da quella che si connette alla convivenza e alla comunione immobiliare ²⁾. Intanto si forma la famiglia domestica (*Hausfamilie*). Le famiglie distintes nella *Sippschaft* prima mantengono la convivenza col resto della *Sippschaft* e solo la proprietà individuale si estende al bestiame e agli schiavi; poi si cercano nuove sedi. La famiglia è ordinata agnaticamente. Capo è il generatore. La famiglia non cresce, ma si divide, costituendosi il figlio un proprio focolare, un'economia separata ³⁾. Trasportandosi in nuove sedi, la vicinanza fra le famiglie acquista un valore superiore alla parentela ⁴⁾. Tutto ciò porta ad una sparizione della *Sippschaft*, anche in riguardo alla comunione degli immobili che fu impossibile mantenere a lungo dopo che la *Sippschaft* si stabilì fermamente sopra un territorio e spiccò in essa la famiglia ⁵⁾. Nella storia resta quindi viva soltanto la *Sippe*.

Si può omettere di considerare quanto in questo quadro è certo, quanto è probabile e quanto è mera congettura. Nelle sue linee generali si presenta per esatto e rispetto a queste linee va confrontato coll'antico gruppo agnatizio del B.

Certo questo non è colla *Sippschaft* in quella rude antitesi in cui è colla *Sippe*. Al contrario uno degli elementi essenziali del concetto di gruppo agnatizio, vale a dire l'elemento organizzazione, si riscontra nella *Sippschaft*. Ma neppure nella *Sippschaft* abbiamo un complesso agnatizio mai. L'agnazione suppone il matrimonio, suppone le parentele, suppone la potestà giuridica dell'ascendente supremo sui suoi discendenti ⁶⁾. La *Sippschaft* sorge invece quando il matrimonio non

¹⁾ Ibid. p. 239.

²⁾ Ibid. p. 243.

³⁾ Ibid. p. 246.

⁴⁾ Ibid. p. 244.

⁵⁾ Ibid. p. 245.

⁶⁾ Su questo punto vedi più innanzi a pag. 122.

c'è, nè v'ha parentele e la potestà che il generatore esercita sul figlio non adulto e che si perpetua sull'adulto nel caso che la *Sippschaft* sia formata dei discendenti nella linea maschile, non è un potere giuridico ma di fatto; si esercita bensì anche sul figlio adulto ma non oltre. Appena la *Sippschaft* si estende oltre questo supposto gruppo iniziale¹⁾, codesto potere cessa. La *Sippschaft* decade quando il matrimonio si stabilisce nella sua netta figura e quando sorge un ordinamento parentale. Allora perde le sue funzioni a favore della *Sippe*. Perisce quando sorge e s'avanza la famiglia. Se quindi l'antitesi in cui il gruppo agnatizio è colla *Sippe* si dimezza, confrontandolo colla *Sippschaft*, la metà che rimane è sempre tale che si può ben dire che il gruppo agnatizio è il bianco e la *Sippschaft* è il nero²⁾.

Una parola circa il limite di grado. Ad un limite simile per appartenere alla *Sippe* il B., come abbiamo veduto, un tempo credeva, pure avvertendo che la cosa era controversa. Ora colla soppressione, a cui accennai, mostra di non crederci più. Per quanto posso scorgere, la questione è ancora aperta³⁾. Posso impunemente per la mia tesi supporre che il limite esistesse⁴⁾. Perchè, se esisteva, esisteva per la *Sippe* e non per

¹⁾ Dico «supposto» per i motivi che espongo a pag. 125.

²⁾ Poichè la *Sippschaft* resta dopo tutto un'ipotesi, si può dire che l'unico gruppo parentale del diritto tedesco è veramente la famiglia, che non ha niente a che fare nè colla *Sippe*, nè colla *Sippschaft*. Cf. HEUSLER *Institutionen* II pag. 271.

³⁾ BRUNNER op. cit. I p. 81-82 nega il limite almeno per l'età primitiva e sempre come fatto generale. Riconosce però eccezioni. Lo HENRICI *Das Volksrecht der Ephener* nella *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* vol. 11 p. 133 afferma che la *Sippe* si estende fin dove giunge la memoria e a p. 138 che va sin dove va la tradizione familiare. Il FICKER op. cit. I p. 277-278 crede al limite o almeno propende a crederci. Vi crede pure lo HEUSLER op. cit. II p. 587 e per i longobardi lo SCHUPFER op. cit. p. 25. Dubita e non si decide lo SCHRÖDER op. cit. p. 67. Se la *Sippe* non avea limite, il diritto tedesco coincideva in ciò col diritto celtico, dove i diritti di parentela si estendevano all'infinito; vedi KÖNIGSWARTER *Histoire de l'organisation de la famille en France* p. 45. Se lo aveva, troverebbe un parallelo nel diritto normanno, secondo il quale la *Sib* finisce col 7° grado; vedi POLLOCK and MATTLAND *History of England* II p. 307.

⁴⁾ Ma non era corrispondente in ogni caso a quello che il B. attribuiva all'agnazione romana, cioè il sesto a computo romano. Un tentativo di ridurre il sesto grado della *Sippe* al sesto a computo romano è fatto dal KLENZE, il quale afferma che nei diritti tedeschi è il sesto grado secondo il computo romano, grado espresso spesso in altra maniera secondo i vari modi d'indicazione della parentela, al quale nella linea collaterale, la sola pratica, si lasciano senza sforzo ridurre la massima parte dei dati; op. cit. p. 193. Ma l'asserzione, per quanto mi risulta,

la *Sippschaft*. Per quale motivo ora, nell'ipotesi fatta, si verificava in quella e non si verificava in questa?

Perchè, se non è necessario, è tutta via ammissibile che i diritti e i doveri miei verso i parenti miei sussistano soltanto verso i parenti entro un certo grado, normalmente in misura diversa a seconda della maggiore o minore vicinanza loro a me entro quel grado e che oltre a questo cessino interamente. Il senso della parentela via via che aumenta la distanza di grado si attenua così che un diritto può benissimo limitare gli effetti della parentela a un grado e di regola non troppo lontano.

Come stanno invece le cose coi gruppi parentali? Il gruppo parentale anzitutto coll'idea di parentela in un certo grado non si costruisce. Questo lo ho detto, ma giova ridirlo. Si costruisce invece colla idea di parentela e coll'altra di un fondatore, cioè di una persona

non ha trovato alcuna favorevole accoglienza. È vero che ai tedeschi non fu ignoto il modo di computo romano. Ma il FICKER che, contro l'opinione comune, afferma questo op. cit. I p. 284, ci dice anche allo stesso luogo che i tedeschi preferirono il computo per linee discendenti. Egli scrive ancora: «l'ordinamento della *Sippe* per *Vetterschaften* corrisponde ad un antichissimo concetto delle stirpi germaniche. Dove i diritti e i doveri dei parenti di sangue non vanno oltre un determinato confine o si graduano secondo la distanza di parentela, si consideravano sempre i cugini che stavano colla persona, da cui si parte, nella stessa linea trasversale; op. cit. p. 385. Più diffusamente e chiaramente il modo di computo dei gradi per la *Sippe* è spiegato dallo HEUSLER op. cit. II p. 587 segg. e allo HEUSLER rinvia, approvandolo, il BRUNNER op. cit. II p. 83 n. 3. Il quale applica il computo stesso nei casi in cui in ogni riguardo o in certi riguardi la *Sippe* aveva un limite, per avvertire come alcune differenze tra popolo e popolo circa codesto limite si spiegano coi modi diversi di numerare le generazioni (op. cit. I p. 217-218). Questo modo di computo consiste ora nel mettere nella stessa linea (*Parentela*) le persone che hanno lo stesso prossimo ascendente comune e questo stesso ascendente (cf. STOBBE *Handbuch* V pag. 71; DERNBURG *Das bürgerliche Recht* vol. IV p. 216) e nel contare le generazioni che le separa da esso. I fratelli stanno nella prima generazione e son parenti in primo grado tra loro. Stanno nella seconda generazione, movendo dal loro nonno e in questa si trovano insieme coi loro cugini. Di modo che il cugino è parente al cugino in secondo grado. S'intende ora che, così proseguendo, se nella linea retta il computo romano e il tedesco coincidono, nella collaterale i parenti in sesto grado a computo tedesco sono parenti in dodicesimo grado a computo romano. Le differenze, alle quali accenna il BRUNNER, possono scemare il numero del grado a computo tedesco, ma lasciano sussistere il fatto che codesto numero è sempre la metà del numero a computo romano. Così l'analoga fra il limite della *Sippe* e il preteso limite dell'agnazione romana scompare, per essere sostituita da una divergenza profonda.

determinata dalla quale si computa la discendenza. Così era costituita la *familia proprio iure* romana nella quale fungeva da fondatore l'ascendente supremo vivo. Se gli agnati romani fossero stati organizzati, avrebbero ancora costituito un gruppo, perchè sarebbero sempre stati i discendenti da un fondatore, nel caso di quell'ascendente supremo comune del quale restava memoria e nella cui potestà si troverebbero, se non fosse premorto. La *gens* era un gruppo, perchè era l'organizzazione di tutti i parenti, cioè di tutti i ritenuti discendenti da una persona mitica raffigurata come il primo della stirpe.

Le ragioni ora per le quali si costituiscono i gruppi parentali importano che non devono avere limite prefisso di componenti determinato da un numero di generazioni da una persona o da un limite di grado di parentela dei discendenti da essa. Se, chiamando *Sippen* tutte le cerchie parentali mobili, *Sippschaften* tutte le cerchie parentali fisse, noi troviamo che le *Sippen* possono avere ed hanno frequentemente limiti di grado e le *Sippschaften* non hanno limite alcuno di generazioni, ma sono tutte indefinite, ciò dipende dall'essere le *Sippschaften* associazioni costituite a scopi economici e politici tali che non possono non volere il proprio ampliamento continuo. Più il gruppo si arricchisce di nuovi discendenti dal fondatore e maggiore è la sua forza economica e politica. Le *Sippen* invece non hanno funzioni economiche, nè politiche. In esse non è attivo il principio che unifica i molti nell'uno, ma il principio del rapporto parentale tra due persone, si trovino queste nello stesso o in diversi gruppi parentali. Perciò in esse compare quel limite di grado della parentela che invece nelle *Sippschaften* non compare in nessuna forma mai.

Questo non vuol dire che i gruppi durino eterni. Possono essere anzitutto ordinati giuridicamente così che a un dato evento devano sciogliersi. Così la famiglia romana si scioglieva alla morte del *paterfamilias*. Dove ciò non sia, i gruppi trovano nel fatto quel limite di espansione e di durata che non trovano nel diritto. Necessità di esistenza, difficoltà di mantenere l'unione fra troppe persone, di ordinare economie troppo estese quanto ai partecipanti, dissidi interni per le più varie cause conducono fatalmente i gruppi a scissioni, che possono importare la divisione del gruppo iniziale in più gruppi o la sua fusione in altri gruppi. Essi si diportano insomma come gli Stati attuali, nessuno dei quali ha limiti giuridici alla propria durata ed espansione,

ma tutti sono soggetti per cause di fatto a perire per scissioni o per annessioni.

Le scissioni dei gruppi parentali portano alla costituzione di nuovi gruppi e dove il nuovo gruppo sia costituito da una famiglia ordinata sotto il potere dell'ascendente supremo, la quale in seguito si amplierà, quell'ascendente varrà come il fondatore del gruppo. Ma questo non ha nulla a che fare colla parentela; non influisce sopra di questa. Dove ad es. i terzi cugini che costituiscono coi loro discendenti una comunità familiare dividano il patrimonio comune e comincino ciascuno una nuova comunità di famiglia, restano tuttavia terzi cugini. E come tali possono avere ancora diritti e doveri reciproci, derivanti dalla parentela che li unisce.

La natura reale della *Sippe*, che ho descritta colle parole di chi per primo forse la scorse, deve avere già persuaso il lettore che non ha alcun valore, come prova che gli agnati formassero un gruppo, quel diritto di vendetta che in base a Servio ¹⁾, Plutarco ²⁾, e in un certo senso anche a Prisciano ³⁾, si riteneva dal B. e si ritiene da altri ⁴⁾ essere spettato agli agnati. Dato pure infatti che codesto diritto sia esistito ⁵⁾ sempre codesti testi proverebbero questo solo che gli agnati

¹⁾ In Verg. ecl. 4, 43. Cf. lo stesso SERVIO in verg. georg. 3, 387.

²⁾ Rom. 23, 24.

³⁾ *Inst. gramm.* 6, 13, 69. In PRISCIANO si avrebbe infatti una restrizione al prossimo agnato di un diritto di vendetta spettante prima a tutti gli agnati. Vedi la successiva nota 5.

⁴⁾ Ad es. dallo HUSCHKE e dal MITTEIS *Röm. Privatrecht* I p. 8, n. 14.

⁵⁾ Nulla v'ha di certo in proposito e forse le probabilità sono più per un diritto di vendetta dei cognati che degli agnati. Nel testo di Servio in Verg. ecl. 4, 43: *in Numae legibus cautum est. ut si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis etus in contione offerret arietem* i codici recano *et natis*; *agnatis* è una correzione dello HUSCHKE, che i più accettano, ma che il LEIST respinge, per sostituirvi *cognatis*, dando a questa parola il suo senso tecnico. I motivi che reca non sono trascurabili *Graeco-italische Rechtsgesch.* p. 41; p. 348 e *passim*. Aggiungo che a favore della lezione *cognatis* stanno più fatti. In relazione alla famiglia agnatizia usa distinguere tra *sui* ed *agnati*; cf. l. 10 § 3 D. 38. 10. In SERVIO non si distingue. *Cognatis* elimina l'anormalità del silenzio intorno ai *sui*. Appartiene all'età regia come codesta norma anche l'altra ricordata da Festo v. *plorare*: *Si parentem puer verberit, ast ille plorassit, puer divis parentum sacer esto*. È dubbio se l'attuazione di questa norma incomba agli Dei o se la consecrazione indichi la procedura magistratuale-comiziale; vedi MOMMSEN *Strafrecht* p. 565. In ogni ipotesi siamo innanzi ad una punizione inflitta in base al mero rapporto di cognazione tra offensore e offeso; e in antico ogni punizione pubblica o privata è vendetta. Quando i romani ci parlano dell'uccisione dei

di una persona hanno un diritto di vendetta per la sua uccisione e che un tempo il diritto spettava a tutti gli agnati, finchè - questo

genitori per dire che lo si credeva un fatto così enorme, da non aver creduto il legislatore di considerarne la possibilità, accennano all'uccisione del genitore e non dell'avente potestà; vedi BRUNNENMEISTER *Tötungsverbrechen* p. 24; p. 189-191 e specialmente il testo ivi citato di VAL. MASS. V, 9, 4. È lecito dedurne che rispetto ai reati di sangue la parentela contemplata fosse la cognatizia, ricordando però che l'agnato è anche cognato. Queste osservazioni trovano un appoggio anche nel testo citato di PLUTARCO *Rom.* 23, 24, che parla dell'uccisione di Tito Tazio e dal quale risulta un diritto di vendetta degli *οἰκείοι*. PLUTARCO infatti, pur trattando di usi e fatti romani, non può a meno di usare i termini, di cui si giova, nel senso che hanno nella sua lingua, e nella sua terra. Egli deve parlar adunque qui degli *οἰκείοι* nel senso stesso in cui usa il termine in SOLONE c. 30, cioè nel senso di membri della famiglia, tra i quali corre un legame più stretto, una forma del quale è il diritto di vendetta. Ora nulla risponde in Grecia all'agnazione romana. L'*οἰκίτης*, col quale termine si indica semplicemente le persone di una famiglia che abitano nella stessa casa cf. GLOTZ *La solidarité de la famille* p. 771, non è un agnato; cf. BEAUCHET *Histoire du droit privé de la répub. Ath.* I p. 27. Il diritto di vendetta in Grecia compete all'*οἰκίτης*; nel senso di cognato; id. ibid. I p. 14. cf. GLOTZ op. cit. p. 79-80. È quindi più legittima la traduzione di *οἰκείοι* per cognati, anzichè per agnati. A favore della lezione *cognatis* e in genere di un diritto di vendetta di questi sta il testo citato di Prisciano: *Quidam veterum* - «*ossum*» *proferebant* - Cato tamen «*os*» *protulit in IV orig.: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*. Che Catone riferisca una variante delle disposizioni delle XII tav. sul *membrum ruptum* e l'*os fractum* (LAMBERT *L'histoire traditionnelle des XII Tables*) o una norma anteriore alle XII tavole (MOMMSEN *Abhandl. der sächs. Ges. phil. Kl.* I. 1. 258) o il diritto di una città latina (MOMMSEN *Strafrecht* p. 802 n. 2; p. 115) o diritto cartaginese (SCHÖLL ed altri citati e seguiti dal BONFANTE *Storia del d. rom.* 2ª ed. p. 600 seg.) oppure diritto numidico o di qualche altro popolo barbaro (APPLETON negli *Atti del Congr. intern. di scienze stor.* 1903 vol. IX p. 29 seg.), sempre il testo sta a favore di un diritto di vendetta del prossimo cognato. Sta evidentemente a favore di questo, se il testo ci dà diritto romano o latino; ma sta a favore di questo anche se ci dà diritto straniero. Perché, siccome Catone traduce sempre le istituzioni straniere in termini propri delle istituzioni romane (Vedi APPLETON op. cit. loc. cit.), come egli prende dalle XII tav. i termini relativi all'offesa e alla pena (*membrum ruptum, os fractum, talio*), così conviene pensare che prenda da queste anche i termini relativi alle persone a cui competeva il diritto di vendetta secondo il diritto straniero. Nelle XII tav. le persone che avevano diritto al talione doveano infatti essere menzionate. E se Catone dice *cognatus*, deve dirlo in senso tecnico, perchè nella *lex Cincia* a lui contemporanea *cognatus* ha già senso tecnico (Vedi APPLETON op. cit. p. 30). Emendare *cognatus* in *agnatus*, come non propone, ma suggerisce il MITTEIS (*Privatrecht* p. 8 n. 14) che crede ad *agnatis* nel testo di Servio (op. cit. p. 94 n. 4) è arbitrario. L'idea dell'emendamento era già balenata al WILUTZKY, il quale però prudentemente notava: «Siamo innanzi ad un errore di memoria di Prisciano o dato l'antico uso della vendetta di sangue, si sono conservati residui d'idee connesse al matriarcato?» (*Vorgeschichte des Rechts* lib. V p. 66 n. 30). La domanda è legittima. Infatti presso pa-

si desume dal testo di Prisciano - si restrinse all'agnato prossimo. Anche quando però spettava a tutti gli agnati per quanto lontani di

recchi popoli, dove il patriarcato sostituì il matriarcato, la vendetta rimase regolata in parte secondo il matriarcato (Post op. cit. I p. 76). Ad un generale primitivo dominio del sistema matriarcale di parentela non si crede più (HIRT op. cit. II p. 410). Ma non si crede neppure alla ignoranza di esso per parte degli Arii. Esistono infatti forti argomenti per una diffusa esistenza di codesto sistema anche presso di loro (DARGUN *Mutterrecht und Vaterrecht 1^o Hälfte* p. 114 seg. Per quanto riguarda i romani, a tacere che secondo il LIPPERT op. cit. p. 25 la Cerere romana proviene da un tempo, in cui non v'avea ancora matrimonio e valeva solo la parentela nella linea femminile, un'asserzione che presuppone l'alta antichità di Cerere ammessa dal WISSOWA in *Pauky-Wissowa* v. Ceres; *Gesammelte Abhandlungen* p. 163, 164, ma negata dal MARQUARDT *Röm. Staatsverw.* 3, p. 361 seg., e limitandomi solo a recare argomenti di probabilità del riguardo primitivo romano alla parentela materna, ricordo che questa sussisteva presso gli Etruschi (HIRT op. cit. p. 419; accoppiata però alla paterna secondo il DE SANCTIS *Storia dei romani* I p. 148), dei quali il B. ci dice che impregarono di elementi propri «la prima civiltà romana» (*Storia del d. rom.* 2^a ed. p. 71) e sussisteva presso gli Iberi (HIRT op. cit. p. 419), che sembrano formare un unico popolo con quei Liguri, probabilmente non arii (MEYER op. cit. I 2^a parte p. 720), che precedettero sulle rive del Tevere i Romani e penetrarono questi tanto della propria civiltà e della propria lingua che la più gran parte del lessico latino è straniero alla lingua arii e persino il rito ario dell'incenerazione proprio dei romani si accoppiò a quello dell'inumazione proprio degli aborigeni (MONESTOV *Introduction à l'histoire romaine* p. 239 seg.; p. 260). La possibilità quindi che i Romani abbiano attribuito il diritto di vendetta ai cognati non mi pare discutibile. Tanto meno mi pare discutibile, considerando che qualunque cosa si dica in contrario, la precedenza della parentela materna sulla paterna sembra molto probabile, quando si ammetta ciò che pare oramai dimostrato, ossia che a quella parentela può associarsi l'impero esercitato dal padre sul gruppo dei discendenti per via di madre, e si consideri inoltre che v'ha popoli ordinati a tipo patriarcale presso i quali la vendetta si regola ancora secondo la parentela materna (Post op. cit. I p. 76). Una volta poi collegato il diritto di vendetta al rapporto di sangue per la nascita, è naturale che si estendesse ai parenti per via di padre e non si estinguesse in quelli per via di madre. Quegli avanzi del diritto di vendetta nella parentela materna, di cui parla il Post, pur nel dominio della parentela paterna, sono una prova della resistenza che oppone il sangue alla soppressione del diritto di vendetta. Tutto questo che sono andato dicendo è per leggere *cognatus* in Servio; tradurre *οἰκεία* di Plutarco come cognati e mantenere *cognatus* in Prisciano. Ma se pur si voglia dovunque leggere o intendere agnati, noto che Servio, il testo del quale è il più importante, potea, nella solita imprecisione dei non giuristi, riferirsi ai gentili o solo a certi agnati o infine sia ad agnati che, in loro mancanza, ai gentili. I tre sensi hanno altrettanti sostenitori. Per il primo stanno HERZOG *Geschichte u. System der röm. Staatsverf.* I p. 11 e implicitamente, perchè non cita Servio, ma certo vi si riferisce, BERNHÖFT *Staat und Recht der röm. Königszeit* pag. 70. Per il secondo MITTEIS *Privatrecht* I pag. 94-95, pag. 95 n. 5. Per il terzo BRUNNENMEISTER op. cit. pag. 162 seg. (Ricordo incidentalmente che il KARLOWA *Röm. Rechtsgesch.* I pag. 36 intende in Servio agnati;

grado, esso era un diritto della parentela e non del gruppo, della *Sippe* e non della *Sippschaft*. Tra gli insegnamenti che sembrano più sicuri del diritto comparato è infatti questo che il diritto di vendetta spetta sempre ai parenti come tali e non spetta al gruppo in cui sono eventualmente organizzati¹⁾. Non si è offesi per il tramite del gruppo, ma direttamente come parenti; non si fa la vendetta del gruppo, ma la

ma pensa che anteriormente il diritto di vendetta spettasse ai gentili). A me parve migliore opinione la prima e questa seguiti nelle mie *Istituzioni* I p. 214 n. 1, specialmente perchè, non parendomi certo che ogni *contio* sia del popolo, come afferma il MOMMSEN *Röm. Staatsrecht* I p. 193, altrimenti GELLIO N. A. 15, 27, 3 non parlerebbe di *populi contio*, e d'altra parte non vedendo perchè l'ariete dovesse essere offerto in una riunione popolare, mi si presentava più probabile che Servio parli di una *contio* dei gentili. A una *contio* di agnati non è a pensare. Mi riesce meno persuasivo l'argomentare che fa il MITTIS dalla regola antica sull'*officium luctus*, tanto più che PAOLO I. 21, 13 che la attesta è di dubbia genuinità; vedi LEIST *Gräco-ital. Rechtsgesch.* p. 40 n. s. Piuttosto si può invocare per l'opinione che egli sostiene il fatto che età di Numa vuol dire età in cui la *civitas* esisteva. Ora il sorgere dei consorzi territoriali importa sempre una restrizione della vendetta a certi parenti. L'offerta poi di un animale come rappresentante l'uccisore (BRUNNENMEISTER op. cit. p. 159), in quanto surroga l'uccisione di questo, indica un tempo di civiltà, e a un tempo simile corrisponde la restrizione accennata così dal lato attivo che passivo. Il BRUNNENMEISTER opera colle disposizioni delle XII tav. sulla successione ereditaria e sulla tutela, con raffronti col diritto greco e con una sua ipotesi che la legge di Numa menzionasse, oltre gli agnati, i gentili e i posteriori elaboratori delle leggi regie abbiano taciuto di questi. Nessuno di questi argomenti ha alcun valore e meno che mai ha valore l'ipotesi accennata che vanamente egli cerca di fondare sopra ULP. 12, 2. Come il lettore scorge - e questa è la conclusione della lunga nota - il testo di Servio, sia pur combinato cogli altri veduti, è tale che come base alla credenza di un gruppo agnaticio vale meno di nulla. Utilizzabile per una teoria etnologica sul diritto di vendetta è il solo testo di Prisciano in quanto, per quel qualsiasi popolo a cui si riferisce, prova un diritto di vendetta ristretto al prossimo parente. Gli altri due testi provano l'esistenza di un diritto di vendetta anche in Roma, ma non provano nulla circa le condizioni relative al suo esercizio.

¹⁾ Di qui la legittimazione e l'esposizione primitiva alla vendetta di tutti i parenti (WILUTZKY *Vorgesch. d. Rechts* I p. 202); la sua restrizione progressiva a certi gradi o a certe persone (Post op. cit. I p. 203 seg.); la possibilità che si estenda a parenti appartenenti a diverse organizzazioni (Post op. cit. I p. 203 n. 3, ove riferisce l'antico e il nuovo diritto albanese) e l'altra che, mentre la sfera più ampia di parenti è soddisfatta, rimanga il diritto di vendetta ai parenti più prossimi (Post op. cit. I p. 213); la personalità dell'obbligo a contribuire alla composizione e del diritto ad ottenerla non appena sorga una proprietà personale e questa si accoppi o poi si sostituisca alla proprietà collettiva del gruppo (Post op. cit. I p. 213 segg.); il necessario consenso infine alla composizione di tutti i parenti, che abbiano diritto alla vendetta (Vedi ad es. il diritto greco in BEAUCHET op. cit. I p. 16).

propria¹⁾. Onde dal diritto di vendetta dei parenti non è mai lecito dedurre una loro organizzazione familiare²⁾. Se si aggiunge che all'età di Numa, secondo la tradizione, esisteva già la *familia proprio iure*³⁾, la quale, come vedremo, esclude un gruppo agnatizio « per la contradizion che nol consente », risulta più chiara che mai l'indifferenza del diritto di vendetta spettante agli agnati come prova dell'esistenza di un loro gruppo.

Meno che mai si trae una prova simile dal fatto che « ancora nel II secolo avanti Cristo la giurisdizione sulle donne libere dalla potestà patria o maritale era competenza degli agnati anche per i delitti pubblici »⁴⁾, semplicemente perchè il fatto non sussiste⁵⁾.

E nulla v'ha che renda davvero logica l'induzione « che il tribunale domestico per le colpe della donna o dei *filiū familias*, che ha nei tempi tardi una composizione così indeterminata dovesse nell'età più vetusta essere senz'altro un tribunale agnatizio »⁶⁾. La logica e i testi stanno per un tribunale di cognati e non di agnati⁷⁾. Fosse del

¹⁾ Contribuisce al fatto principalmente la difficoltà che provano i popoli primitivi ad elevarsi all'idea della personalità dell'associazione distinta da quella dei suoi membri. L'idea di *Genossenschaft* vince quella di unità. Cf. in proposito MARIANO S. NICOLÒ *Aegyptisches Vereinswesen* II 1^a Abth. p. 3-4; MITTEIS *Privatrecht* p. 341 segg.; BONFANTE *La successione* Corso 1913-14 p. 76.

²⁾ Non è mai lecito anche perchè questi parenti, ai quali spetta il diritto di vendetta, possono semplicemente essere quei soli tra i parenti formanti un gruppo, a cui il diritto di vendetta si restrinse. Così gli agnati romani, a cui spettava in ipotesi (vedi la n. 5 pag. 113) il diritto di vendetta, poteano essere i parenti a cui esso rimase, dopo che era stato tolto a tutti gli altri gentili.

³⁾ Vedi le leggi attribuitegli. La *familia* esisteva, del resto, stando alle leggi regie, già al tempo di Romolo.

⁴⁾ BONFANTE *Res mancipi* p. 302; *Scritti giuridici* II p. 291.

⁵⁾ Non si avea infatti nel caso una « competenza » degli agnati; ma soltanto una « delegazione » per parte dello Stato, al quale apparteneva la competenza, al marito o ai parenti dell'esecuzione o della pronuncia stessa della sentenza; vedi MOMMSEN *Strafrecht* p. 19 n. 2. 3 e i testi ivi citati, che non lasciano alcun dubbio in proposito. Nè poi i parenti erano agnati. Su questo punto vedi la nota 7 seguente. Qui osservo soltanto che una delegazione ai soli agnati è tanto meno probabile, vista l'età recentissima a cui appartiene codesta delegazione. Cf. MOMMSEN loc. cit. e FERRINI *Diritto penale romano* p. 20.

⁶⁾ BONFANTE *Res mancipi* p. 304; *Scritti giur.* II p. 293.

⁷⁾ In tutti i testi che si riferiscono alla delegazione, di cui ho parlato dianzi, come in generale alle persone che solevano assistere l'avente potestà nel giudizio domestico non si parla che di *sui*, di *cognati*, di *propinqui*, di *necessarii*, di *συγγενεῖς*, di *amici*, mai di *agnati*. È possibile ciò, se i soli agnati un tempo avessero avuto il diritto d'intervenire? È vero che tutti codesti testi sono di scrit-

resto pure un tribunale agnatizio, poichè il giudizio lo pronuncia l'ascendente (padre o marito) e gli agnati non fungono che da consiglieri, ciò prova che esisteva la *familia proprio iure* e che quindi gli agnati intervenivano come parenti e non come gruppo, essendo, torno a dire ciò che dimostrerò poi, la famiglia stessa incompatibile coll'esistenza di un gruppo agnatizio.

Più lungo discorso domanda quell'«uso antico degli agnati di costituire un consorzio indiviso» che un tempo il B. ¹⁾ invocava come validissimo argomento a favore dell'esistenza del gruppo agna-

tori non giuridici e nella letteratura non giuridica il termine *agnatus* è raramente usato. Ma la rarità non esclude l'uso. Quattro testi di scrittori simili in cui è *agnatus* cita il *Thesaurus linguae lat.* cioè Porph. Horat. ep. 2, 183; Cypr. Gall. gen. 1423 Iacob; Salv. eccl. 3, 87; Tert. nat. 2, 3. In particolare lo adopera due volte (Germ. 19; Hist. V, 5) Tacito, che pur parla del giudizio domestico: vedi il *Lexicon Taciteum* di GERBER ed A. GREEF; si ricordi però che nel secondo di codesti testi v'ha chi (LIPSIUS, NIPP) legge *et natis*. Che il tribunale domestico abbia potuto comporsi sempre indifferentemente di agnati o di cognati o degli uni e degli altri risulta dalla sua natura di *consilium*. Chi compone un consiglio a sè lo compone arbitrariamente anzitutto e lo compone poi secondo le necessità e le opportunità. Un padre libertino che dovesse giudicare del suo unico figlio non potea mettere nel consiglio agnati, perchè agnati non ne avea. Non potea mettervi che cognati. Entro la famiglia inoltre sudditi liberi e schiavi sono paraggiati. Nel caso di un giudizio sul servo il domino non potea mettere nel *consilium*, che usava anche in un caso simile almeno anticamente (vedi sul *consilium* per le colpe dei servi i testi citati dal VOIGT *Die Zivölf Tafeln* II p. 274) che parenti naturali del servo. Non dovea ciò condurre a mettere cognati anche nel *consilium* per le colpe dei figli? Ciò quanto alle necessità. Circa le opportunità il consiglio serviva ad evitare all'avente potestà il biasimo dei familiari e dell'opinione sociale, rappresentata particolarmente dai censori, nel caso di condanna grave. Ciò posto, si vuole che il padre giudice del figlio escludesse dal consiglio ad es. il fratello del figlio stesso emancipato o dato in adozione? Se così era composto il consiglio dell'avente potestà, si deve ritenere che così fosse composto anche il tribunale parentale che giudicava delle persone non in potestà. Il B. torna colla sua affermazione all'idea dello HASSE confutata dal KLENZE op. cit. p. 30, 31 e rinverdita dal VOIGT *Die Zivölf Tafeln* II p. 416, il quale a rinverdirla era condotto soltanto in sostanza dal proposito d'introdurre nel diritto romano questa simmetria: il figlio è giudicato dal padre; la moglie in *manu* dal marito; la vedova dal tutore. Poichè ora i testi non parlano mai di un tutore giudice della vedova, egli dice che non lo ricordano, perchè era regolarmente un agnato, onde era compreso tra gli agnati, che aveano diritto d'intervenire al giudizio domestico. Con tanto maggior ragione il MOMMSEN *Strafrecht* p. 19 n. 2. abbandona codesta simmetria, esclude la connessione colla tutela di Tac. Ann. 2, 50 e riconosce che i parenti che intervenivano al giudizio domestico o al giudizio delegato dallo Stato erano indifferentemente agnati o cognati.

¹⁾ Ist. 5ª ed. p. 150 n. 1.

tizio¹⁾. Me ne occupo specialmente per mettere in guardia i romani circa l'uso della figura di comunità di famiglia fatto da tanti.

Il fatto del consorzio fraterno presso i romani è innegabile e nulla osta a ritenerlo in età remota anche più frequente che non fosse nei tempi tardi di Roma. Ma dalle fonti sia giuridiche²⁾ che non giuridiche³⁾ che ne parlano e dal nome stesso di *consortium* sia per la sua etimologia⁴⁾, sia perchè lo si applica ad ogni caso di coeredità risulta anche che il consorzio non era che uno stato d'indivisione dei beni ereditari, che non obbedisce a norme diverse da quelle che valgono in ogni altro caso di coeredità⁵⁾.

Ci impaccia un po' un unico testo di Gellio: *quod quisque familiae pecuniaeque habebat in medium dabat et coibatur societas inseparabilis tamquam fuit illud antiquum consortium quod iure atque verbo Romano appellabatur erecto non cito*⁶⁾.

¹⁾ Al B. aderiva il FADDA *Consortium* negli *Studi in onore di B. Brugi* p. 150

²⁾ Ad es. l. 26 pr. D. 3, 5; l. 39 § 3 D. 10, 2; l. 52 §§ 6, 8 D. 17, 2; l. 47 § 6 D. 26 7; l. 31 § 4 D. 27, 1; l. 78 D. 29, 2; l. 89 § 1 D. 31.

³⁾ Ad es. Cic. p. Flacco 35; Verr. 3, 57; 2, 3, 155; Liv. XLI, 27, 2; Val. Max. 4, 4, 8; Vell. 1, 10, 6; Plutarco P. Aem. 5, 4; Id. M. Crassus 1; Varr. l. l. 6, 65. Vedi anche Gellio al luogo citato in seguito nel testo.

⁴⁾ Da *cum* e *sors*; *sors* accenna alla estrazione a sorte delle parti reali, quando si veniva alla divisione; *consortium* originariamente significava l'eredità come l'identica parola *κληρονομία* presso i Greci; poscia la parola assunse il senso più ristretto del rimanere i fratelli lungamente sulla eredità indivisa; così il LEIST *Geschichte der röm. Societas* p. 20. Le parti reali, che si estraevano a sorte, presupponevano le parti ideali. Perciò l'antichissima *actio familiae erciscundae* serve sempre a convertire in reali le parti ideali e non serve mai a stabilire le parti ideali. Queste preesistono ad essa.

⁵⁾ La comunione non sussisteva che rispetto ai beni ereditari e a ciò che era svolgimento dei beni ereditari. Gli acquisti personali di ogni coerede restavano infatti a lui. Sorgeva dalla coeredità; continuava anche nel caso che un coerede venisse a morire, in quanto in luogo suo subentravano nella sua quota i suoi eredi; cessava in forza dell'*actio familiae erciscundae* che ogni coerede poteva presentare e all'esercizio della quale, notoriamente, nessun coerede può rinunciare. Che i redditi fossero per legge distribuiti secondo il bisogno, e non secondo le parti ereditarie, come sostengono PERNICE *Parerga* 5, p. 63; FADDA *op. cit.* p. 149 non risulta. L. 52 §. 6 D. 17, 3 dice solo che i redditi poteano essere per accordo fra i fratelli - notisi l'*ideo ... ut* - comuni per parti uguali; ad accordi accenna anche con *ita ... ut* l. 73 D. *eod.* Chè questo consorzio non abbia nulla a che fare con antichi ordinamenti familiari riconosce lo SCHRADER *Reallexikon* p. 29. Per la identica struttura del consorzio dei fratelli presso i germani vedi BRUNNER *op. cit.* I p. 78.

⁶⁾ *Noct. Att.* I, 9, 12.

È sempre cosa ingrata e pericolosa tener conto per la storia giuridica di testi non giuridici. Tanto sono generalmente imprecisi, vaghi e perciò capaci d'interpretazioni varie; tanto sono, a dir breve, antigiuridici. Tuttavia anche il nostro testo fu onorato di molta considerazione, col consueto risultato che gli scrittori si divisero nelle opinioni più diverse e talora più inverosimili¹⁾. Volendo far credito a Gellio, quel più che mi pare se ne possa trarre si è che in un tempo antico (*antiquum consortium*) esisteva uno stato di coeredità (*consortium*) inseparabile (*societas inseparabilis*) costituito per volontà dei consorti (*societas*), riconosciuto dal diritto (*iure*)²⁾, a cui si dava il nome di *ercto non cito*³⁾.

Non occorre che dica parola sull'antichità del consorzio. Invece preme notare che Gellio parla di *consortium* e che alla sua età da molto tempo *consortium* non significava altro che coeredità, cioè eredità divisa per parti ideali e non ancora per parti reali. Onde a questa coeredità egli pensa e non pensa affatto ad uno stato di comunione non per parti ideali; insomma ad una proprietà collettiva di gruppo. Si potrà sostenere, ma, come vedremo, senza fondamento, che quel consorzio indivisibile è il residuo di una proprietà collettiva di gruppo; non si può invece sostenere che sia una simile proprietà. Questo è confermato dal nome *ercto non cito* del consorzio. Perché si chiamasse così, si si chiamasse cioè con una frase che a ogni modo significa che nel caso non si deve procedere ad una divisione, occorreva precisamente che in sé le eredità fossero sempre divise per quote ideali e fossero, se

¹⁾ La divergenza cade sulle cose che erano oggetto del consorzio. Vedi; anche per la letteratura in proposito, FADDA op. cit. p. 148. Cade pure sulla inseparabilità. Rispetto a questa abbiamo l'opinione del FADDA op. cit. p. 149, per il quale l'inseparabilità esiste, perchè nel consorzio antico non ci sono quote. Altre opinioni sono: i coeredi agnati devono per forza di legge mantenere l'eredità indivisa (KARLOWA *Legtsaktionen* p. 143; CUQ *Inst.* I p. 86, 289); non devono per forza di legge ma possono per mutuo accordo (PERNICE op. cit. p. 71 segg.: GIRARD *Manuel* p. 535 n. 5); l'indivisione era obbligatoria nell'età antica; volontaria nell'età recente (COHN a pag. 66 del lavoro citato a pag. 131 n. 3. Egli però cita male a proposito il LASTIO, in quanto questi ammette un consorzio volontario solo nel caso di coeredi parte agnati e parte non agnati); l'inseparabilità è di mero fatto e non di diritto (LEIST op. cit. p. 25-26).

²⁾ Dico però che quella congiunzione: *iure ac verbo* mi riesce molto ostica. *Iure* mi pare una deformazione di qualche altra parola che non saprei indicare.

³⁾ Con ogni probabilità da *herctum*, che significa ciò che fu preso in possesso dagli eredi e *citum* che significa *divisum*. Cf. LEIST op. cit. p. 25-26.

non assumevano codesta qualità di *consortium ercto non cito*, divisibili in quote reali ¹⁾.

È vano negare che Gellio non affermi l'inseparabilità; ma è altrettanto vano volere che questa inseparabilità fosse quella giuridicamente eterna, e non mai eterna di fatto, che si verifica per le proprietà collettive di gruppo. Gellio sulla durata dell'inseparabilità non dice verbo. La probabilità è però per una inseparabilità, la durata della quale era fissata dai consorti. Perchè - e questo è un punto essenziale - Gellio, dicendo *tamquam fuit illud*, ecc., non si riferisce solo alla inseparabilità; si riferisce anche a *societas*. *Societas inseparabilis tamquam fuit illud*, ecc. vuol dire non solo che anche il *consortium* era inseparabile; ma che era anch'esso una *societas inseparabilis*. Con ciò è espresso l'accordo necessario fra i consorti per stabilire l'inseparabilità. Il che torna a nuova conferma del fatto che Gellio pensa a consorti titolari ciascuno di una quota ideale. Egli vede insomma anche nel nostro consorzio soltanto dei soci, ciascuno dei quali *in medium dabat* la sua quota. Infine *iure*, se il termine era in Gellio, non significa già obbligatorietà della inseparabilità. *Iure* significa che nel diritto il consorzio si chiamava *ercto non cito* e dunque che il diritto lo riconosceva; cioè insomma che un tempo il diritto ammetteva che per accordo si rinunciassero ad esercitare l'*actio familiae erciscundae*.

Il nostro testo adunque una cosa almeno certamente non prova ed è che esistesse una proprietà collettiva di gruppo, pari a quella che per molti indizi sussisteva per la *gens* e che esisteva certamente per la *familia*, in quanto si voglia considerare il patrimonio giuridicamente accentrato nel *paterfamilias* come patrimonio di tutta la famiglia. Esso presuppone l'eredità divisa per quote ideali. La stima di questo fatto in ordine all'idea di gruppo la faremo in seguito ²⁾.

Anche ammettendo del resto che i fratelli consorti - a fratelli certo alludeva Gellio col termine *consortium* - rimanessero per forza

¹⁾ Alla divisione dell'eredità per quote reali corrispondenti alle quote ideali accennano tutti gli altri testi, dove ritornano i termini *erctum*, *citum*. Vedi le *Fontes* del RICCOBONO p. 35, 10 B.

²⁾ Che tutti i consorzi ereditarij storici ed anche tanto più l'antico potessero formare una comunione religiosa ammette il PERNICE *Zum röm. Sakratrecht* negli *Atti dell'Accad. di Berlino (Sitzungsberichte)* a. 1886 p. 1198, pur confessando che di ciò non si ha nessuna prova. La comunione potea però coesistere colla divisione per quote ideali. Vedi id. *ibid.* p. 1200 per i nuovi sepolcri ereditarij che si istituivano al dividersi della famiglia.

di legge in una comunione indissolubile, almeno per un certo tempo o fino al verificarsi di certe ipotesi che non occorre determinare, sempre, pure in tal caso, da codesto consorzio non si ricava nulla di nulla per l'esistenza del gruppo agnatizio.

Devo per l'intelligenza di questa asserzione toccare la maggiore debolezza dell'idea di gruppo agnatizio, quella che mi fece sempre un contraddittore risoluto dell'idea stessa e che forse indusse anche più di ogni altra cosa il B. ad abbandonare la sua tesi.

La debolezza consiste in ciò che non v'ha modo veruno di costruire un gruppo agnatizio senza o cadere nella *gens* o cadere nella *familia proprio iure*. Quel *quid* intermedio che doveva essere il gruppo in discorso è semplicemente inimmaginabile, inconfigurabile.

I romani formano l'idea di agnato con due concetti: la discendenza vera o finta da uno stesso capostipite e la potestà esercitata da questo capostipite sui suoi discendenti veri o finti. La discendenza non è meno necessaria della potestà, nè questa meno di quella. Non si diviene agnato di alcuno che per procreazione o per adozione¹⁾. L'adozione sostituisce la procreazione. Perciò nessuno è mai adottato puramente e semplicemente in membro della famiglia; ma è adottato in un dato grado di discendenza, come figlio, nipote, ecc., dell'avente potestà. Il grado che viene così ad occupare nella discendenza del capostipite determina il grado nel quale è agnato agli altri discendenti di quello. La potestà, a sua volta che occorre inoltre a render uno agnato di un altro, non è una potestà sopra meri sudditi; è la potestà dell'ascendente supremo vivo sui suoi discendenti; è in altri termini la patria potestà della famiglia storica romana.

Questo spiega come dal primo momento in cui i romani videro nella *gens* un'unione di agnati, essi dovettero di necessità configurarla come derivata da una *familia proprio iure* iniziale²⁾. Tutti i gentili viventi sono agnati, perchè discendono dall'ascendente supremo che era, come tale, capo di codesta famiglia, così che, se questi non fosse morto, tutti sarebbero sotto la sua potestà. Questa concezione della

¹⁾ Comprendo nell'adozione anche la *conventio in manum matrimonii causa*, perchè produceva lo stesso effetto.

²⁾ La configurazione loro è a torto presa come un fatto storico da qualche studioso odierno, come ad es. dal BOUCHE-LECLERC *Manuel des Institutions romaines* p. 7.

gens non è originaria. La *gens* infatti precede la *familia proprio iure*¹⁾. Come fosse intesa prima che codesta famiglia si formasse, in particolare se essa fosse o no un gruppo del tipo già descritto²⁾, i membri del quale sono parenti senza grado, ci è totalmente ignoto. Il processo di formazione delle *gentes* romane sfugge ad ogni indagine. Oltre alla concezione della *gens* come gruppo di agnati noi non andiamo. Che questa concezione sia però una sopravvenienza risulta da ciò che, mentre in forza di essa si è gentili per il fatto che si è agnati, e cioè parenti in un dato grado di tutti gli altri congeniti, si ammise insieme che ad essere gentili non occorre dimostrare il grado della parentela. Una simile agnazione in un grado che esiste, ma di cui non si esige la dimostrazione, è ora chiaramente una finzione destinata a coprire la realtà che i romani trovavano esistente, quando assunsero alla concezione in discorso e che lasciarono sussistere, vale a dire la cittadinanza del gruppo. Dire che un Cornelio è congenito di un altro Cornelio, perchè sono tra loro agnati, benchè non possano provare in qual grado, non è che un modo di significare che sono entrambi cittadini del gruppo dei Cornelii, modo imposto dalla sopravveniente idea del gruppo, come gruppo agnatizio, ossia formato per estensione e suddivisione di un *familia proprio iure* originaria. La *gens* è adunque un gruppo agnatizio per modo di dire e non per modo di fare. Il modo di dire, essendo tuttavia dai romani inteso come modo di fare, ebbe la sua importanza ed efficacia. Esso determinò per lo meno il posto che occupa la *gens* circa l'eredità e la tutela dopo rispettivamente i *sui* e l'agnato prossimo e dopo l'agnato prossimo³⁾. Ma non di questo ho qui da occuparmi. Ciò che a me preme stabilire si è che col concetto di un'agnazione, il grado della quale non occorre dimostrare, si può fare un gruppo; ma questo è appunto il gruppo di tutti indistintamente i parenti; è insomma la *gens*.

Dove la discendenza è dimostrabile, dove si ha il vero e proprio

¹⁾ Di qui la mancanza trovata strana dal MOMMSEN *Röm. Staatsrecht* III I. p. 10¹ di un nome nella lingua latina che indichi specificamente la famiglia. Vedi GAUDENZI *Sulla storia del cognome a Bologna* p. 104 n. 2.

²⁾ Vedi p. 108.

³⁾ Limite la mia affermazione al «posto» occupato dalla *gens* rispetto all'eredità e alla tutela, perchè non è impensabile che prima del sorgere della *familia proprio iure* i beni lasciati in proprietà o godimento individuale tornassero alla *gens* alla morte del titolare e che la tutela spettasse alla *gens*.

agnato che sa da chi discende insieme ad altri e in che grado ne discende, allora l'idea stessa di agnazione importa che gli agnati non possano più essere unificati in un gruppo. Quanti discendono da un capostipite di cui resta memoria, tolto il caso della donna *sui iuris*, che come donna indipendente non può avere che parenti e non una sua famiglia, altrettanti si trovano distribuiti in *familiae proprio iure*. Quel primo *paterfamilias*, da cui tutti discendono, era infatti capo della famiglia, perchè era l'ascendente supremo. Morto lui, diventano ascendenti supremi rispetto ai propri discendenti i suoi prossimi discendenti maschi. E questi quindi stanno a capo ciascuno dei propri discendenti per la stessa ragione per la quale il *pater* defunto era prima il capo e di questi e di loro. Così proseguendo, s'intende come gli agnati, tolta sempre l'agnata *sui iuris*, devono di necessità trovarsi tutti divisi in gruppi formato ciascuno dei discendenti dall'ascendente supremo vivo, il quale esercita su di essi la patria potestà, devono cioè trovarsi divisi in famiglie.

Volendo costruire coll'agnazione gruppi, si ha adunque questo risultato. Coll'agnazione fittizia, l'indimostrabile, si arriva alla *gens*. Colla dimostrabile si arriva alla *familia proprio iure*. Poichè un mezzo termine tra agnazione indimostrabile e dimostrabile non è concepibile, neanche il mezzo termine di un gruppo agnatizio, diverso dalla *gens* e dalla *familia*, precedente a questa, come fino a ieri scriveva il B. ¹⁾, o contemporaneo, come scrive il Fadda ²⁾, è concepibile.

Il dire l'una cosa o l'altra costituisce una contraddizione in termini. L'idea romana di agnazione presuppone la *familia proprio iure*. Per costruire il gruppo agnatizio bisogna partire da una simile *familia* iniziale. Ed è ciò che faceva sempre esplicitamente ³⁾ o implicitamente il B., non ostante il contrasto in cui, affermando ciò, si metteva coll'idea pur da lui sostenuta che il gruppo agnatizio precede la *familia proprio iure*, ed è ciò che fanno i suoi seguaci. Ma quando si è partiti da codesta *familia*, quando si è ammessa una tale costituzione familiare, si rimane vincolati ad essa, voglia o non voglia. Quella *familia* iniziale non può che generare per scissione altre famiglie, ciascuna delle quali starà sotto il potere dell'ascendente supremo.

¹⁾ Ist. ⁵ p. 150 seg.

²⁾ Op. cit. p. 150.

³⁾ Ist. ⁵ p. 150 seg.

Non c'è modo alcuno di concepire che morto quel primo *paterfamilias* da cui si parte, gli agnati non siano distribuiti in famiglie indipendenti, ma ne compongano una sola. Si pensi che i membri della famiglia dipendano da un *pater* unico, costituito in qualsiasi modo, per esempio, per designazione dell'ascendente supremo morto; o che dipendano da un corpo di sovrani, formato dei vari ascendenti supremi delle singole linee, ciascuno dei quali godrebbe della piena sovranità su tutto il gruppo, come era dei consoli rispetto alla *civitas*, o che dipendano dallo stesso corpo di sovrani, ma in modo che questi non possano che agire collettivamente, sempre si avrebbe questo fenomeno che alla morte dell'ascendente supremo da cui si è partiti, precisamente la costituzione familiare che stabiliva il potere di codesto ascendente supremo sarebbe surrogata da un'altra che è la negazione di quella!!

Dico però male, parlando di surrogazione. In realtà infatti non esistono famiglie iniziali. Quella prima famiglia, da cui partono i sostenitori del gruppo agnatizio, è una mera loro fantasia, tale e quale com'era quella prima famiglia, da cui partivano i Romani per comporre la *gens* e serve allo stesso scopo di formare gli agnati. Nel fatto non si ha mai altro che serie infinite di discendenti, movendo dall'alto in basso e di ascendenti, movendo dal basso in alto, senza che al primo si arrivi mai. Movendo ora dal basso, come si deve, cioè dai viventi, è chiaro che mentre questi si troverebbero distribuiti in gruppi non dominati dall'ascendente supremo, anche risalendo non incontreremmo mai se non altri gruppi non dominati dall'ascendente supremo. E quindi la figura dell'agnato sparirebbe.

Altro contenuto conviene dare all'ipotesi di un gruppo inferiore alla *gens* - purchè non si dica superiore alla *familia* - onde sia concepibile. Le origini dei consorzi di tutti i parenti non le conosciamo noi e non le conoscono, nè le conoscevano neanche quelli che vivono o vivevano in essi. A un certo tempo sorge però l'idea di un loro modo di formazione corrispondente al modo con il quale si entra in essi e così si perpetuano. Quando si parla ed io parlo di base di un consorzio gentilizio e perciò di un suo carattere non si può quindi intendere ed io non intendo che di parlare di codesta idea e di un fatto soltanto in relazione al modo d'ingresso nel consorzio.

Premesso questo, dico che conviene risalire ad una *gens* costituita sopra un base diversa dall'agnazione storica per poter anche concepire

un gruppo compreso nella *gens* che non sia la *familia proprio iure* e che l'abbia anzi preceduta. Si capisce però che allora converrebbe non qualificare come gruppo agnatizio nè il gruppo maggiore, vale a dire la *gens*, nè il minore. Io ho accennato alla probabilità che la *gens* non fosse un tempo costituita su base agnatizia, senza però nemmeno tentare di stabilire una base diversa di essa, perchè quantunque l'una o l'altra base diversa sia pensabile ¹⁾, qualunque affermazione anche meramente congetturale in proposito non sarebbe che frutto d'immaginazione. Peggio però faremmo studiandoci di costruire un gruppo parentale minore compreso in codesta *gens*. Mentre infatti rispetto ai consorzi gentilizi comprensivi di tutti i parenti si può almeno giovarsi, per concepire un consorzio simile non agnatizio, appunto delle varie basi di parentela concepibili, per fare un gruppo parentale minore non ci si può giovare di nulla. Col limite di grado o di generazioni gruppi simili non se ne fanno. E d'altra parte altro a cui ricorrere non resta ²⁾.

¹⁾ Ad es. si può pensare che la parentela fosse per discendenza da giusto matrimonio nella linea maschile, senza tuttavia che l'ascendente supremo esercitasse potere sui suoi discendenti. O che la parentela fosse per discendenza in giusto matrimonio nella linea femminile, esercitasse o no l'ascendente supremo potere sui suoi discendenti. O che si appartenesse alla *gens* per discendenza da una donna della *gens*, perchè non c'era ancora il matrimonio e tanto valeva la procreazione in matrimonio che quella fuori di esso.

²⁾ Io non saprei pensare che ad una divisione della massa dei parenti in stirpi (in dieci stirpi si divideva verisimilmente la *gens Cornelia*) risalenti anch'esse ad età remota. In tal caso però non avremmo che delle altre *gentes* minori comprese nella maggiore. Ad un gruppo agnatizio diverso dalla *gens* per il carattere della sua costituzione non si arriverebbe mai. Si avrebbe soltanto delle suddivisioni delle *gentes*, costruite collo stesso metodo col quale si costruisce la *gens*. - Si uniforma alla tendenza di supporre entro la *gens* un gruppo non dominato dall'ascendente supremo e quindi non agnatizio l'opinione di quegli autori che alla *patria potestas* fanno precedere una comunità domestica. Ma appunto come fosse composta questa comunità non dicono, perchè non lo possono dire. Una conciliazione di codesta idea coll'esistenza fino da età antichissima della *patria potestas* tenta il MOMMSEN *Röm. Gesch.* I p. 35. p. 60, sostenendo che la *gens* deriva da una comunità domestica, nella quale comanda bensì il padre, ma i figli hanno un uguale diritto, che riposa vivo il padre e si ridesta quando egli muore, così che diventano i signori della casa. Questa comunità sarebbe veramente agnatizia. Ma anche il MOMMSEN è vittima dell'idea di una famiglia iniziale. Quel padre da cui parte era a sua volta un figlio e i figli di quel padre erano a loro volta padri. Onde quegli come figlio non poteva esercitare la patria potestà, dal momento che avrebbe dovuto dividere il dominio della casa coi fratelli e questi, godendo come padri della patria potestà, sarebbero stati ciascuno despota dei propri discendenti e non era più a parlare di comunità domestica. La conciliazione insomma è una contraddizione. Cf. sul punto KÜBLER nella ZSS. vol. XIX p. 489.

Posto questo, s'intende che l'osservazione in sè acuta del Bonfante ¹⁾, ripetuta dal Fadda ²⁾ che *adgnatus* significa chi si aggiunge ad un gruppo e che quindi un tempo gli agnati formavano un gruppo, perde ogni valore.

Si deve invece invertire l'argomentazione e dire: poichè certamente gli agnati non formavano un gruppo, ma una parentela, *adgnatus* significava soltanto chi si aggiungeva alla collettività dei parenti. E si poté chiamare quindi *adgnatus* anche chi sopravveniva dopo la morte dell'ascendente supremo, il quale determinava l'agnazione, perchè appunto anche questi si aggiungeva a codesta collettività. Neppure questo uso del termine, che invoca il B., sta così a favore dell'idea di un gruppo agnatizio ³⁾.

Una cosa soltanto permette l'idea di agnazione ed è che, presa come punto di partenza una *familia proprio iure* alla morte dell'ascendente supremo i *sui* convivano, tenendo il patrimonio indiviso e formando così un'unità d'impresa. L'amministrazione del patrimonio può essere affidata ad un capo, come tuttora avviene nelle nostre campagne in più regioni. La convivenza può secondo l'uso durare per qualche generazione, finchè si viene ad una divisione del patrimonio tra le varie famiglie, ciascuna delle quali può suddividersi in altre famiglie e riprodurre la forma sociale descritta. Ma, se non è illecito chiamare « gruppo » consorzi simili ⁴⁾, è certo che non si ha un gruppo familiare.

¹⁾ Ist. ⁵ p. 137 n. 2,

²⁾ Op. cit. p. 150.

³⁾ Non conviene poi dimenticare che *adgnatus* come espressione di parentela è un sostantivo. E che quantunque sia il participio *adgnatus* sostantivato, è bene possibile che il sostantivo abbia assunto un senso diverso dal participio. — Afferma che *adgnatus* significhi nascere in un gruppo chiuso il LEONHARD in *Pauty-Wissowa v. agnatio*. Il termine indica quindi per lui i figli che si aggiungono alla famiglia paterna. L'opinione sua non coincide però con quella del B. Dei testi che il LEONHARD cita solo GAI 2, 138, che parla di *agnatio sui heredis* per adozione, si riferisce all'aggiunta ad un'unità parentale. Gli altri si riferiscono a collettività. Tali sono Dig. 7. 1. 68 che parla di *adgnati* ad un gregge o ad un armento; ISID. IX 6 che parla di agnati *qui ideo prius in gente agnoscuntur quia veniunt per civitis sexus personas*; GAI 2. 138 che parla di *adgnatione postumi* (testo integrato) e quindi di aggiunta alla famiglia paterna solo come complesso dei discendenti. Ciò vuol dire che per gruppo chiuso il LEONHARD non intende affatto un'unità parentale, un gruppo, ma una collettività che ha unità concettuale e non più. Tale era la *familla communis*.

⁴⁾ « Gruppo » si può chiamare qualunque agglomerazione, anche un insieme di persone raccolte intorno ad un manifesto, intente a leggerlo.

La famiglia non c'è, appunto perchè ci sono le famiglie e così ordinate che ciascuna è indipendente dall'altra e nessuna può ammettere un superiore al proprio *paterfamilias*, perchè altrimenti questi non sarebbe più *pater* e di conseguenza neanche i parenti consorziati sarebbero più agnati. Manca nel caso l'idea unificatrice della massa parentale, quell'idea che unifica la massa dei gentili nella *gens*, i discendenti dell'avente potestà nella *familia proprio iure*. Il derivare i consorziati da un primo *pater* che si separò dal consorzio, in cui era, non basta ad unificarli. Ciò non ne fa che dei parenti. Parenti hanno ora anche fuori del consorzio ¹⁾.

L'inevitabile precipua manifestazione di questa mancanza dell'unità parentale è necessariamente l'assenza di proprietà collettiva. Nel consorzio non c'è posto che per la proprietà dei *paterfamilias*. Onde in questa proprietà soltanto può esservi successione. Dentro al consorzio cioè opereranno le norme ereditarie. Supponendole quali le fissa la legge delle XII tavole ²⁾, i figli succederanno al padre; e se il padre non avrà figli, gli succederanno i fratelli. La esistenza del consorzio non esclude nemmeno il testamento; tanto meno divisioni del padre tra i figli ³⁾. Il tutto conduce alla conclusione che un consorzio così fatto a patria potestà stabilita non può essere che un'amministrazione, un'impresa unica, una comunione pura e semplice, mantenuta e regolata dalla volontà dei *patres* o al più - ed è l'ipotesi meno probabile - mantenuta in forza del costume e regolata dal costume, senz'ombra di unità data da una soggezione dei *patres* e dei loro discendenti ad un *superpater* o da una proprietà collettiva del gruppo ⁴⁾.

¹⁾ I fratelli consorziati discendenti da codesto *pater* hanno precisamente nel consorzio, da cui questi si separa, gli zii ed i cugini, come il *pater* stesso avea in esso i fratelli e i nipoti *ex fratre*.

²⁾ Probabilmente alle origini non erano tali, specie riguardo agli agnati. Vedi le mie *Istit.* II p. 361.

³⁾ Per chi desidera argomenti di analogia, ricordo che presso altri popoli che hanno la comunità di famiglia è ammesso tanto il testamento che il contratto ereditario; così nel diritto cimrico vedi KOHLER *Das Recht der Kelten* nella *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* vol. 23 p. 230; nel diritto indiano la divisione del padre tra i figli è cosa comunissima; vedi JOLLY *Recht u. Sitte* p. 77, p. 81; LEIST *Altar. ius civ.* p. 172 segg.

⁴⁾ Volendo abbandonarsi a supposizioni, si può anche pensare che la patria potestà si sia sviluppata lentamente dentro il consorzio, che questo cioè avesse un *pater*, il potere del quale fu via via consumato dagli ascendenti supremi delle sin-

Tornando ora¹ dopo queste necessarie osservazioni al consorzio antico di Gellio, quanto precede dimostra che la descrizione che egli ce ne fa corrisponde precisamente non dico al fatto, che rimane incerto, ma alla possibilità del fatto. Se quel consorzio esistette, non poteva essere che *societas* in senso proprio od improprio; una comunione in cui erano mantenute per volere dei singoli *patresfamilias* le loro parti ereditarie. Il consorzio non era una unità parentale, un ente familiare.

Se questo ente fosse esistito, avrebbe dovuto lasciare qualche traccia nell'ordinamento della *familia*, almeno nell'ipotesi del B. che la famiglia classica sia venuta dopo di esso. Invece, se la famiglia imita qualche cosa, imita la *gens*. La imita come gruppo esclusivo nel senso che chi sta in una *familia* non può stare contemporaneamente in un'altra, allo stesso modo che chi sta in una *gens* non può stare contemporaneamente in un'altra. Anche nella concentrazione dei beni nel *pater familias* e nella permanenza dei figli sotto il potere del *pater* fino a che muoia si può scorgere un'imitazione della *gens*, perchè anche in questa è lecito supporre che le *res Mancipi* della *gens* si considerassero proprietà del *pater gentis* e certo i gentili restavano sempre nella potestà di esso ¹⁾. La proprietà fondiaria e le obbligazioni familiari sono inoltre quel che doveano essere la proprietà fondiaria e le obbligazioni gentilizie. Mentre così le somiglianze tra *familia* e *gens* abbondano, non si scorge nessuna somiglianza tra *familia* e un altro gruppo qualsiasi intermedio di origine e poi di vita, comunque lo si voglia concepire.

La realtà si è adunque che il consorzio di Gellio, inseparabilità a parte, non è un residuo storico di nulla. Esso è meramente lo stesso consorzio fraterno dell'età storica.

gole linee. Torno però alla consueta obiezione, che in tal caso non si avrebbero le famiglie *proprio iure* e quindi non si avrebbero agnati. Fermarsi su questa supposizione però non giova. Tanto manca ogni indizio di una sua realizzazione in Roma. Del resto poi tutti partono per la costituzione del consorzio da una *familia*, in cui è l'ascendente supremo che comanda pienamente ai discendenti. Con ciò presuppongono costituita la *familia proprio iure* e tacitamente vengono a riconoscere che le divisioni dei beni avvenivano tra i *patres* di codeste famiglie. È soltanto quando muore quel primo *pater* che vanno a supporre con manifesta contraddizione un *pater* di non discendenti.

¹⁾ Naturalmente, data la natura della *gens*, non si usciva dalla potestà del *pater gentis* nemmeno alla sua morte. L'imitazione di cui parlo va sin dove può andare, posto il carattere diverso dei due gruppi gentilizio e familiare.

Questo ora altro non è che la conseguenza morale ed economica della convivenza morale ed economica dei *sui* coi loro discendenti entro la *familia proprio iure*. Uomini uniti da stretta parentela, che campano lungamente sui beni familiari, di cui è titolare giuridico il padre loro, ma che certo influivano colla loro volontà sull'amministrazione di essi, doveano essere indotti a continuare a mantenere l'unità economica familiare anche dopo la morte del padre. Tanto più doveano essere indotti a questo, in quanto non poteva non avvenire che il patrimonio nel suo complesso o vaste parti di esso formassero un'unità d'impresa, un *quid* che perdeva della sua utilità e valore, venendo diviso. Se in forza della parentela e di questa ragione economica troviamo esistente il consorzio fraterno anche presso popoli, dove la patria potestà cessa sui figli adulti, questi sono capaci anche vivo il padre di un patrimonio proprio e l'eredità è divisibile ¹⁾, tanto più il consorzio fraterno era una necessità in Roma, data la struttura della *familia proprio iure*. Esso è così poco residuo storico di un altro residuo e si connette talmente alle condizioni descritte che esisteva ancora e florido a molti secoli di distanza da quel tempo, in cui sarebbe esistito il preteso gruppo agnatizio. Gli esempi di consorzio fraterno vanno infatti dal sesto secolo di Roma al terzo secolo dell'impero ²⁾. ³⁾.

A questo punto sento dirmi: se Roma non avesse posseduto un tempo il gruppo agnatizio intermediario fra la *gens* e la *familia*, essa sarebbe rimasta priva di quella « comunità di famiglia » detta anche « grande famiglia » che è esistita uniformemente presso i popoli indogermanici, dei quali il popolo romano è uno. In realtà era questo, come vedemmo, uno fra gli argomenti del B. per la sua tesi. Egli, come esempi di gruppi analoghi al suo gruppo agnatizio formato normalmente delle tre generazioni da un comun tronco estinto, ma noto e vivente sotto un capo, nominava la *Sippe*, il *Sept* celtico, la *Zadruga* e la *joint family*; quattro gruppi adunque, dei quali chiama « comu-

¹⁾ Così ad es. troviamo il consorzio fraterno nel diritto ateniese. Vedi LEIST *Graeco-italische Rechtsgeschichte* p. 78.

²⁾ Vedi le citazioni a pag. 119 n. 2, 3.

³⁾ Anche in Grecia abbiamo lo stesso fenomeno di proprietà che restano indivise tra parenti (*ὁμοσύννοι, ὁμοκάπνοι, ὁμοτράπεζοι*) in età recentissima GLOTZ op. cit. p. 6.

nità di famiglia» gli ultimi due ¹⁾; mentre ai due primi lo stesso nome è dato dagli etnologi e dai sociologi.

Il B. fu tratto a dir questo solo in menoma parte dal desiderio di trovare nel diritto comparato argomenti per la sua idea. Fu tratto invece nella massima parte da una fede giovanile nei detti etnologi e sociologi. Fede mal posta. Codesto concetto di comunità di famiglia è infatti tutto ciò che di più vuoto e di più indeterminato sotto l'aspetto giuridico e persino in certa misura anche sotto l'aspetto sociale che abbiano saputo trovare ²⁾.

Essi infatti arrivarono all'idea in discorso in un modo tanto semplice quanto, oso dire, puerile, cioè movendo da un'antitesi. Presa come punto di partenza e di confronto quella che si può dire la famiglia odierna, anzi più precisamente la famiglia odierna cittadina, composta di padre, madre e figli, la quale ha un capo nel padre e dei beni, i quali servono alla vita familiare, dovunque trovano un aggregato comprensivo di una cerchia più ampia di discendenti dal padre o dalla madre o da entrambi, a seconda che la parentela è paterna o materna o bilaterale, il quale, almeno di regola, sta sotto un capo e trovano dei beni, che servono all'aggregato stesso, ivi essi riconoscono presente senz'altro la comunità di famiglia ³⁾.

¹⁾ *Res mancipi* II p. 299.

²⁾ Un'idea dell'indifferenza loro circa l'aspetto giuridico delle cose si può avere leggendo nel JOLLY op. cit. p. 77 queste parole: « morto il *paterfamilias* senza aver fatta la divisione, la sua dignità passava al figlio più vecchio il quale era considerato o addirittura come l'erede o almeno come il capo dell'amministrazione domestica, che dovea provvedere come un padre per i suoi più giovani fratelli e i suoi parenti ». Così essere eredi ed essere amministratori per il JOLLY fa lo stesso!

³⁾ Così il GROSSE presso HIRT op. cit. p. 410 definisce la famiglia particolare (*Sonderfamilie*) come « la comunione dei genitori viventi in un rapporto matrimoniale duraturo ed esclusivo e dei loro figli » e a questa oppone la grande famiglia (*Grossfamilie*) la quale riunisce in una comunione non solo i genitori ed i loro figli, ma inoltre anche le mogli dei figli coi loro figli e le donne e i discendenti loro. Non diversamente il POST *Giurisprudenza etnologica* p. 111, 112 distingue il consorzio patriarcale più ristretto composto del padre e dei suoi figli e la comunità di famiglia, consorzio familiare più ampio. Incerto è il POST nell'esigere per avere la comunità di famiglia un capo. Lo vuole assolutamente al vol. I p. 111; ma allo stesso vol. p. 119 dice che la comunità di famiglia ha normalmente un capo. Il COHN *Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft* nella *Zeitschr. für vergl. Rechtswiss.* vol. XIII p. 51 presenta erroneamente la definizione che dà il POST dei consorzi familiari in genere come definizione della co-

Si comprende ora come un concetto simile riesca ad abbracciare i complessi parentali più vari sia socialmente, sia giuridicamente. In realtà, guardando agli esempi che gli scrittori ci danno di comunità di famiglia, si trova che la comunità non ha anzitutto limite alcuno quanto al numero delle persone che vi possono appartenere. Non soggiace nemmeno a una norma fissa circa la qualità dei partecipanti. Deve infatti bensì contenere parenti, ma possono essere padre, madre, figli e discendenti ulteriori, come i discendenti senza il padre. Può anche contenere estranei e questi superare di numero i parenti. I membri della comunità possono convivere come non convivere. Regolarmente hanno un capo; ma possono anche non averlo. Dove lo hanno, il capo è determinato in modi vari e può avere poteri vari, che vanno da un massimo ad un minimo. V'ha un'economia comune, la quale però non assume costantemente una determinata forma giuridica. Possono infatti esistere beni, di cui dispone assolutamente il capo; beni in proprietà collettiva dell'aggregato e dei quali il capo non dispone o almeno non dispone da solo; beni, dei quali i membri dell'aggregato godono per quote. Economicamente una comunità di famiglia è diversa da un'altra anche per ciò che i membri ora non possono avere nulla in proprio; ora possono avere certe cose; ora devono e ora non devono conferire all'aggregato gli acquisti che fanno o devono conferirne alcuni e non altri. Particolarmente sono estranei al concetto di comunità famiglia così il modo di sua costituzione che di suo scioglimento. Che sia per necessità di legge che i parenti stanno uniti, o per volontà del padre che mantiene sotto di sé tutti i suoi discendenti; che sia ancora il padre, che prima di morire impone il mantenimento dell'unione o almeno non ne impone lo scioglimento; che occorra invece, onde l'unione sia, che i discendenti vogliano stare uniti dopo la morte del padre, qualunque cosa egli abbia disposto in proposito, è indifferente. Com'è indifferente che i soci non possano mai sciogliere l'unione o possano solo in date ipotesi di fatto; che lo scioglimento avvenga per volontà di tutti o di un solo; che il fatto dello scioglimento o del ritiro di uno dei parte-

munità di famiglia. Che però anch'egli intenda per questa ciò che intendono sia lo HIRT che il POST risulta da queste sue parole: « La comunione abbraccia tutti i soci della casa; non solo moglie e figli, ma anche generi, nipoti e i fratelli più giovani del padre... Esiste ora la speciale tendenza che i soci della casa dopo la morte del padre rimangano sui beni indivisi »; p. 51-52.

cipanti possa avvenire dopo un certo tempo dalla costituzione della unione o ad ogni momento, ecc.

Evidentemente la comunità di famiglia, così come ci è descritta, per tutte queste sue possibili forme ed ordini, specialmente poi per quel comprendere così l'aggregato necessario, perchè imposto dalla legge, nel qual caso soltanto può cominciare ad essere istituito veramente familiare, che l'aggregato volontario, dipendente dal volere del padre o da quello dei partecipanti, è un tale *quid* che, se è vero quello che il COHN sostiene¹⁾ e che il LEIST nega²⁾ ossia essere la comunità di famiglia sparsa su tutta la faccia della terra, si può anche aggiungere la sicura previsione che essa non scomparirà mai dalla medesima faccia, nè da nessuna sua parte.

Dato questo pseudo-concetto di comunità di famiglia, ottenuto, direi, guardando dentro la sala da pranzo di una casa e contando i parenti che abitualmente vi siedono a mensa, non c'è bisogno di pensare ad un gruppo agnatizio per trovare esistente anche in Roma la comunità di famiglia, e riconoscere così che pur Roma si uniformava, nei suoi gruppi parentali inferiori alla *gens*, a ciò che si riscontra presso gli altri popoli arii e non arii. Roma aveva la famiglia ristretta, singolare, la *Sonderfamilie* dello HIRT, guardando a quelle famiglie *proprio iure* che erano composte del solo padre, della madre e dei loro figli. Di queste inevitabilmente ve n'avea un gran numero, perchè l'uomo *sui iuris* che prende moglie comincia coll'avere dei figli e in media devono passare vent'anni prima che abbia dei nipoti. E Roma aveva la comunità di famiglia, la *Grossfamilie* dello stesso HIRT. Comunità di famiglia era per eccellenza la *familia proprio iure*, quando comprendeva, oltre all'ascendente supremo e i suoi figli, anche le mogli dei figli e i nipoti e le mogli dei nipoti e i pronipoti. Comunità di famiglia era anche il consorzio fraterno, per lo meno, dove stava sotto la guida economica di uno dei parenti. Chi adunque, per ottenere l'uniformità accennata, ci tenga a trovare anche in Roma la comunità di famiglia posta tra la famiglia ristretta e il supremo consorzio gentilizio: la *gens*, può scegliere a suo piacere tra la *familia proprio iure* fatta ricca di nipoti o il consorzio fraterno; o può risparmiarsi la fatica di scegliere e pigliare come comunità di famiglia l'una e l'altro.

¹⁾ Op. cit. p. 52.

²⁾ *Altar. ius civ.* I p. 271, p. 501.

Due fatti occorre per il mio argomento rilevare particolarmente. Il primo si connette alla vecchia idea del B. del limite di tre generazioni costitutive del gruppo agnazio, morto l'ascendente, da cui muovono. Egli lo dà come un fatto necessario universale. Il COHN ora, che mi lascia l'impressione di un informatore più esatto degli altri e che ha dedicato alle comunità di famiglia lo studio esauriente, che ebbi a citare, di questo limite necessario universale non sa nulla. Egli pone il seguente principio generale: «soci dopo la morte del capo di casa rimangono sui beni indivisi, finchè eventualmente il divenire la società domestica troppo numerosa provoca ad una regolare divisione (*Abschichtung*) dei singoli soci¹⁾. Il che torna a dire che egli esclude sia in diritto che in fatto ogni limite uguale, costante di generazioni presso le varie comunità. I dati particolari che cita non fanno che confermare codesta assenza di limite²⁾. A quel ch'egli dice si conformano altri dati riferentisi ad altre comunità di fami-

¹⁾ Op. cit. p. 52.

²⁾ I dati sono i seguenti: in Cina la divisione dei beni può essere richiesta alla morte del padre; la divisione ha luogo, se la vedova non si oppone. Consuetamente i discendenti rimangono uniti per parecchie generazioni. Divenuta la grande famiglia troppo numerosa, se sorgono discordie, avviene la divisione (p. 53). Nel Kamschatka la famiglia giunge a contare dai cento ai trecento capi; solo quando gli abitanti non trovano più sul luogo sufficiente nutrimento, una parte di loro si distacca e va a fondare una nuova colonia (p. 54). Nel Malabar la grande famiglia dura unita all'infinito; occorre il consenso di tutti i soci per la divisione (p. 55). Presso i Rarotonga la divisione può essere richiesta solo nella quarta generazione. Questi sono popoli non arii. Venendo ai popoli arii, la *Kutumba* (*joint family*) è solubile alla morte del capo dietro richiesta di qualsiasi socio; il capo può farne la divisione prima di morire. Secondo il tardo diritto indiano, il solo certo, e in certi rari casi anche secondo l'odierno sono possibili famiglie che riuniscono tre o quattro generazioni, ma anche famiglie che durano ulteriormente (p. 57, 59). Per gli armeni il COHN (p. 62) si rimette ai dati presentati dal LEIST. Questi ora dice che, morto il padre, diventa signore della casa il più vecchio e così via fino nella terza generazione. Se però i membri sono troppi, per es. se si ha cinquanta nipoti coniugati, essi si dividono in piccole comunità (*Attarisches tus civ.* p. 498; cf. per un analogo fenomeno presso i Clans scozzesi, HIRT op. cit. p. 427). Il *Sept* celtico, corrispondente a un dipresso alla *Kutumba* indiana, dura oltre il numero di generazioni per cui di solito dura questa (p. 62). La famiglia omerica è costituita sulla base della grande famiglia; le divisioni tra i figli erano eccezionali; il consorzio fraterno durava anche se qualche fratello si separava (p. 63). Nel diritto svedese ogni coerede del padre può chiedere la divisione (p. 79). In certe comunità di famiglia francesi si potea sempre ritirarsi dalla comunione (p. 89). Avverto che, diversamente dal COHN, il POSE afferma che presso gli armeni la divisione viene sempre richiesta colla seconda generazione op. cit. I p. 180 n. 2.

glia¹⁾. E la sua stessa regola generale è identica a quella data dal Post²⁾.

Appare quindi che la durata della comunità di famiglia non obbedisce a nessun'altra legge fuori che a quella dell'interesse ora di tutti i comunisti, ora della maggioranza a stare uniti. Spesso, mentre perdurano nella comunione alcuni discendenti, altri anche prossimi di grado all'ascendente comune, da cui si parte, si ritirano da essa. L'interesse ora è stimato dall'ascendente supremo, ora dai discendenti. Il giudizio che fanno importa una variissima durata delle singole comunità. I limiti massimi, che ci vengono indicati, non sono, a quanto mi sembra risultare, limiti giuridici; ma quei limiti massimi di fatto che a seconda delle circostanze può raggiungere una comunità domestica.

L'altro punto, sul quale è bene che mi soffermi brevemente, dopo averne toccato fuggevolmente, è il nessun carattere di necessità della comunità di famiglia, almeno come fenomeno universale. Un Indiano ad esempio non vive per forza sempre in una *Kutumba*. La famiglia indiana, che è agnatzia, comprende il padre coi suoi discendenti. Si è visto ora che il padre può dividere i beni tra i suoi figli³⁾. Nel caso che li divida, quando faccia la divisione prima che sopravvengano i nipoti, non si costituisce nemmeno quella comunità di famiglia, che può essere la stessa famiglia. Se li divide dopo, non si costituisce la comunità di famiglia come associazione dei discendenti. Non si è poi, se omette di dividerli, neanche composta questa che, come pure si è visto, ogni suo membro può chiedere la divisione. La formazione di una comunità di famiglia è quindi accidentale ed arbitraria specialmente nel senso di associazione dei discendenti, cioè in senso antitetico alla famiglia⁴⁾. Va aggiunto che, dopo la divisione suaccennata, può aver luogo la costituzione di un'altra comunità (*samsrishtava*) per accordo

¹⁾ L'antica famiglia irlandese si estende sino al quarto grado a computo canonico, Post op. cit. I p. 115. La *Zadruga* sudslava si estende sino al quinto e persino all'ottavo grado secondo lo stesso computo; cf. LEIST *Altar. ius civ.* p. 211.

²⁾ Op. cit. I p. 179 seg.

³⁾ Pag. 134 n. 2.

⁴⁾ Perciò il MAINE *Études sur l'histoire des institutions primitives* p. 247 seg. può scrivere: «Secondo il costume indiano la famiglia è governata dispoticamente dal suo capo; ma se alla morte di questo essa si disaggrega, i figli si dividono egualmente i beni del padre; se al contrario la famiglia continua e si sviluppa in famiglia associata», ecc.

tra alcuni o tutti gli antichi soci ¹⁾. L'indiano sta adunque a suo piacimento in una famiglia ristretta, in una comunità di famiglia a base di coeredità, o infine in una comunità di famiglia a base contrattuale, ossia in una vera e propria società. La *Zadruga*, che pure ricordo come altra delle comunità di famiglia menzionate dal B., non esclude forti poteri dei singoli padri di famiglia delle famiglie riunite. Sussiste un patrimonio delle singole famiglie a fianco al patrimonio comune; i figli possono costringere il padre a dividerlo. Morto il padre, ogni figlio può ritirarsi dalla comunione ereditaria. La divisione può avvenire anche rispetto al patrimonio comune e avviene o interamente o limitatamente. Anche un singolo membro può ritirarsi ²⁾. Onde appare che pur lo Slavo meridionale, al pari dell'indiano, non vive neanche lui necessariamente in una comunità di famiglia; ma vi sta o non vi sta come gli aggrada.

I due fatti sui quali mi sono intrattenuto bastano a dimostrare che in quanto la comunità di famiglia può avere durata indefinita, non solo concede ma impone che la parentela valga all'infinito. In quanto ha invece limiti di fatto, siccome questi limiti variano presso lo stesso popolo a seconda delle volontà e a seconda delle necessità od opportunità, che conducono al ritiro di alcuni membri dalla comunità o allo scioglimento di questa, essa non può lasciare traccia mai in un limite di parentela.

In realtà la parentela va per le sue vie ed è del tutto indipendente dalla comunità, come questa da quella, in quanto la comunità non abbraccia tutti i parenti tra loro con un grado, ma certuni soltanto. Le vie della parentela sono naturalmente anche quelle dell'eredità. Onde ciò che si dice per questa vale anche per quella e inversamente.

Leggo nel MITTEIS l'affermazione che si possono forse ricondurre

¹⁾ COHN op. cit. p. 59. Questa riduzione sotto il concetto di comunità di famiglia tanto della comunità risultante dalla mantenuta indivisione, quanto della comunità risultante da contratto è un'altra prova del nessun criterio giuridico con cui si è proceduto a formare il concetto stesso. Lo JOLLY op. cit. p. 77 afferma dubitativamente che la *samsrıştava* poteva comprendere anche parenti che non erano appartenuti alla famiglia collettiva originaria.

²⁾ LEIST *Altarisch. ius civ.* II p. 210 segg. V'ha del resto chi sostiene che l'uso sudslavo che i figli restino uniti dopo la morte del padre e continuino insieme l'economia domestica sotto la guida del più vecchio e del più bravo (*dómacin*) sia d'uso recente. Cf. HIRT op. cit. p. 421.

alla comunione originaria dei popoli indogermanici certe coincidenze fra cui « la limitazione, che ritorna in meravigliosa regolarità presso i popoli sanscriti, romani e greci, della parentela alle tre generazioni »¹⁾. Leggo nel KOHLER l'altra affermazione che presso i celti irlandesi la comunità di famiglia²⁾ non si estende oltre la quarta parentela corrispondentemente al sistema Sapinda indiano³⁾. Leggo infine – tanto per finire, perchè potrei continuare – nel WEISS che per i romani la parentela cessa « in generale » col sesto grado. Il divieto antico di nozze in Roma fra parenti entro il sesto grado veniva quindi ad essere divieto di nozze tra parenti. Il permesso di sposarsi fra non parenti è esogamia. Dunque i romani erano esogamici⁴⁾. Ecco qui tre scrittori che evidentemente finiscono col rendere il primo in termini di parentela ciò che gli altri due rendono in termine di comunità di famiglia. C'è in tutti e tre come un tacito richiamo alla stessa idea che la parentela sia il limite della comunità e la comunità il limite della parentela.

Dopo avere dimostrato che cosa è la comunità di famiglia e insieme la mancanza di ogni limite neppure consueto in essa, e come sia la cognazione che l'agnazione romana non hanno limiti e non li aveva probabilmente la *Sippe*, questa pretesa legge dei popoli indogermanici risulta campata nel vuoto⁵⁾. Ma non è tuttavia inopportuno che mi fermi sul fatto che la parentela sta a sè e opera indipendentemente da qualsiasi nesso colla comunità. Ciò è provato più che mai dalla famiglia *Sapinda* indiana, che fu forse la causa prima dell'idea del limite della parentela e della comunità di famiglia al sesto grado.

La famiglia *Sapinda* non è una comunità di famiglia. *Sapinda* si chiama consuetamente l'insieme dei parenti tenuti al sacrificio ai morti⁶⁾. La parentela va oltre. *Sapinda* si chiama spesso infatti anche l'insieme degli agnati⁷⁾; dunque una cerchia più ampia di parenti. Ereditano prima i figli, poi i nepoti, poi i pronipoti, ma anche ulte-

¹⁾ *Privatrecht* I p. 12.

²⁾ Traduco così il termine « *Familiegenossenschaft* », che il Kohler usa.

³⁾ Op. cit. p. 217.

⁴⁾ *Endogamie und Esogamie in röm. Kaiserreich* nella ZSS. vol. 29 p. 353 e segg.

⁵⁾ Qualche ulteriore osservazione in contrario fa BERNHÖFT nella *Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.*, VIII p. 12 per quanto riguarda la parentela.

⁶⁾ JOLLY op. cit. p. 77.

⁷⁾ Id. p. 85.

riori parenti. La parentela più vicina esclude la più lontana ¹⁾. Il diritto di eredità tra parenti che coabitano va sino alla quarta generazione, ma alcuni lo estendono più oltre; per altri si arresta al di qua ²⁾. Certo sul fondo familiare può far valere un diritto di eredità anche chi discende persino nella settima parentela dal *de cuius* emigrato ³⁾. Dove mancano i parenti, succede il Re ⁴⁾. Tutto questo dimostra che nell'India la parentela non solo è un fatto conosciuto e riconosciuto oltre la terza generazione, ma inoltre che è fonte di diritti oltre codesto limite. Dimostra ancora che la parentela opera, in forza del grado, così dentro la comunità di famiglia che fuori di essa. Fosse pure, ciò che non è, limitata la comunità di famiglia indiana alla terza generazione, la parentela esiste e funge adunque senza il menomo riguardo alla comunità e senza alcun nesso con essa. La comunità di famiglia non può cioè in India sul concetto e sull'efficacia della parentela nulla, come nulla può in codesti riguardi il consorzio fraterno romano.

Allo stesso risultato ci conduce quell'altra cosiddetta comunità di famiglia che il B. ricorda, ossia la *Fine*. Ne parlo però brevemente non solo perchè questo articolo è già troppo lungo, ma perchè, pure mettendoci la migliore volontà del mondo, non mi riuscì di trovare negli autori, che ne trattano, una descrizione lucida dell'antico diritto celtico familiare in Irlanda, nel Wales e nella Scozia. Quella trascuranza dell'aspetto giuridico dei fatti che ho lamentato, giunge nel caso all'inverosimile ⁵⁾. Ci si parla di gruppi sotto un capo, ma

¹⁾ JOLLY op. cit. p. 85.

²⁾ Id. p. 77.

³⁾ Id. p. 91.

⁴⁾ Id. p. 86.

⁵⁾ Ad es. il SEEBOHM *The Tribal system in Wales* p. XXXIV presenta la *gwely* come il gruppo dei discendenti dall'attuale ascendente supremo e perciò, egli dice, corrisponde « molto strettamente al gruppo romano sotto la patria potestas ». Ma poco dopo allo stesso luogo dichiara che nella *gwely* il bisnonno - ricordo che la *gwely* va dal bisnonno al pronipote - « o era attualmente vivo o era stato tanto sufficientemente vicino nella memoria da potersi considerare vivo ». Nelle quali parole non mi sorprende tanto il morto che si può considerare vivo (!), e l'equivalenza del morto al vivo e inversamente, quanto il modo di misurare la vicinanza richiesta della memoria. Perchè chi sa dire, quando la memoria di un morto è così vicina da poterlo considerare vivo, e quando è così lontana che il morto si possa considerare morto? Lo stesso autore a p. 83-89 dice che la *wely*, la quale è una stessa cosa colla *gwely* (p. 33) va sino alla quarta generazione, e che prima che si proceda alla divisione finale tra secondi cugini dopo la morte dei figli e dei

manca ogni designazione dei poteri del capo sulle persone appartenenti al gruppo. È un po' meglio descritto l'aspetto patrimoniale. Ma ecco che anche qui, come nell'India, compare l'eredità per parti; nè vi si fa cenno di un patrimonio collettivo.

Presso i miei informatori leggo quanto segue. «Nel Wales morto il bisnonno le parti dei suoi figli erano chiamati *weles* e così si chiamavano pure le parti dei suoi nipoti, se era premorto il padre loro e quindi erano divenuti capi di famiglia, mentre altrimenti si chiamavano *gavells* » ¹⁾. « Proprietario era il capo originario della *wele* ²⁾, ma dopo la sua morte i suoi figli erano i proprietari dei diritti di occupazione della stessa *wele* originaria e morti i figli succedevano nella proprietà i nipoti » ³⁾. « Nel Wales e presso i Cimri il patrimonio non andava oltre ai cugini di secondo grado ⁴⁾. « Al più giovane figlio toccava la casa paterna » ⁵⁾; « solo nel caso del Re la casa paterna spettava al figlio più vecchio » ⁶⁾. Nella Scozia celtica il capo (*Aire*) di un *sept*

nipoti, la *wele* si suddivide in *subweles* o eventualmente in *gavells*, dominata ciascuna dal più vecchio antenato vivente. È chiaro ora che dove il bisnonno è morto da poco e si ha perciò ancora una *wele*, a tenore di queste parole non è la *wele* che somiglia alla *familia proprio iure* romana, ma è la *subwele* o la *gavell*. In ogni caso questa somiglierebbe a quella sempre, mentre la *wete* non vi somiglierebbe che vivo il bisnonno. Come saggio di confusione giuridica possono bastare queste citazioni. — Soggiungo inoltre che procura non leggero imbarazzo anche la nomenclatura. Ad es. a p. 229 della recensione a P. W. JOYCE *A small history of ancient Ireland* apparsa nella *Nouvelle Revue histor.* marzo-aprile 1909 p. 229 si dice, togliendo evidentemente la notizia dall'autore, che il *sept* comprende tutti i discendenti di autori comuni morti da molto tempo e si distingue sia dal *clan* che raggruppa tutti quelli che discendono da un antenato comune, che dalla tribù (*tuath*), la quale è un aggregato di *septs* e di *clans*. Invece lo SKENE *Celtic Scotland* III p. 171 chiama *Finé* tutto il complesso dei membri della tribù considerata come una comunità tenuta insieme da una supposta comune origine e chiama *septs* o *clans* indifferentemente le divisioni della tribù. Avverto anche, poiché sono a parlare di nomenclatura che, secondo lo stesso autore III p. 176-177, *Finé* non si dice solo la tribù; si chiama così in un senso ristretto anche il *sept*, e in un senso anche più ristretto si dice *Duthaig Finé* quel gruppo di 17 persone, che hanno diritti ed obblighi derivanti dalla consanguineità col capo.

¹⁾ SEEBOHM op. cit. p. 33.

²⁾ Vedi per il senso del termine la nota 5 p. 138.

³⁾ SEEBOHM op. cit. p. 88-89; cf. anche p. 93.

⁴⁾ KOHLER *Das Recht der Kelten* nella *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* vol. 23 p. 229.

⁵⁾ Id. op. cit. loc. cit.

⁶⁾ Id. op. cit. p. 230.

inferiore, ossia di una *Finé* nel senso ristretto, non ristrettissimo, veduto ¹⁾ potea giungere a possedere un territorio, a divenire così un capo (*Flath*) capace di trasmettere il suo possesso territoriale ai suoi discendenti e questi aveano diritti ereditarii su di esso ²⁾. Nella famiglia irlandese l'eredità avviene per parentele ³⁾; la casa in cui convissero padri e figli spetta alla morte del padre indivisamente al figlio più giovane ⁴⁾; il figlio esclude la figlia ⁵⁾; il padre potea diseredare il figlio ⁶⁾; il diritto di successione ereditaria va sino ai cugini di terzo grado ⁷⁾.

Leggendo ora questo, non è possibile non rimanere convinti che presso i Celti alla morte del fondatore del gruppo, che sarebbe quell'ascendente il quale, sciolto un gruppo, cominciò coi suoi discendenti a vivere in piena autonomia, si ha una divisione della sua discendenza in famiglie, ciascuna delle quali ha un suo patrimonio sottoposto a regole circa la successione in esso stabilite con riguardo alla parentela. E fra le regole è quella che il diritto ereditario fondato sulla parentela si arresta a un dato grado di questa, non perchè sia ignoto un grado ulteriore, ma perchè al grado ulteriore non si concedono diritti. Questo significa che la comunità di famiglia celtica, comunque si chiami, non è che un consorzio per parti tra le persone discendenti da un fondatore, consorzio che dura fino a che la discendenza giunga a quel grado, nel quale può richiedere la divisione, ossia il mutamento delle parti ideali in reali. Il capo della comunità in queste condizioni non poteva essere che l'amministratore del patrimonio indiviso dei singoli capifamiglia ⁸⁾. Niente quindi che somigli o alla *gens* o alla *familia proprio iure*. Niente in particolare di quell'accentramento dei beni o nel capo come rappresentante la comunità o nella comunità stessa, che sarebbe necessario per poter avere dopo la morte del fon-

¹⁾ Vedi la nota 5, p. 138.

²⁾ SKENE op. cit. III p. 171, p. 176.

³⁾ KOHLER op. cit. p. 214.

⁴⁾ Id. op. cit. p. 217.

⁵⁾ Id. op. cit. p. 219.

⁶⁾ Id. op. cit. p. 220.

⁷⁾ Id. op. cit. p. 229.

⁸⁾ Si comprende da questo punto di vista la norma del *SENCUS MOR* che il capo dovea essere una persona notevole, provvista, esperta e colta KOHLER op. cit. pag. 217.

datore un gruppo parentale in quel senso che diamo al termine gruppo ¹⁾).

Un gruppo vedeva il Sumner Maine in quelle 17 persone che formavano il *sept* in senso ristrettissimo, detto anche, come si è visto, *Duthaig Finé*. Questo gruppo che apparteneva al diritto celtico dell'alta Scozia, come dell'Irlanda ²⁾, diviso in quattro sottogruppi ³⁾, ha dato molto filo da torcere agli studiosi, finchè appunto vi si vide col Sumner Maine un insieme di persone ⁴⁾. Il mistero fu chiarito dal Dareste. Non si tratta affatto di 17 persone, ma di 17 qualità di parenti. Cito le sue parole:

« Ciascuno dei quattro gruppi risponde a ciò che nel medio evo e nel diritto canonico si chiamava parentela. Il primo gruppo comprende oltre al *de cuius* quattro discendenti in linea retta, vale a dire il figlio, il nipote, il pronipote e il figlio del pronipote. Il secondo gruppo comprende il padre, il fratello, il figlio del fratello e il nipote del fratello. Il terzo gruppo comprende l'avo, lo zio, il figlio e il nipote dello zio. Infine, il quarto gruppo comprende il bisnonno, il prozio, il figlio e il nipote del prozio. I quattro gruppi entrano in certo modo l'uno nell'altro... Si tratta meramente di agnazione... In ogni gruppo la limitazione della parentela si arresta alla quarta generazione. Una simile limitazione si riscontra nel diritto ateniese, che faceva finire l'ἀγχιστεία dopo il cugino figlio di fratello germano » ⁵⁾.

Ed ecco un altro gruppo chiuso che scompare, per essere sostituito meramente dalla parentela, dai parenti cioè di un dato *io*, che hanno dei diritti - qui di successione - verso di lui. La *Duthaig Finé* subisce così nella scienza la stessa trasformazione che ha subito la *Sippe*.

¹⁾ Tanto si ha nel diritto del Wales un diritto proprio per parte della discendenza dal fondatore, che secondo il KOHLER op. cit. p. 279 « se questi fuggiva in territorio straniero colla sua famiglia (devo intendere « famiglia » qui per moglie e figli) i suoi discendenti potevano sempre pretendere la terra della stirpe ». La poteano pretendere adunque anche quando di fatto comunità di famiglia non ce n'era più.

²⁾ Vedi SKENE op. cit. III p. 176-177 e KOHLER op. cit. p. 214.

³⁾ *Geilfine, Derbfine, Iarfine, Indfine*.

⁴⁾ Vedi ad es. come incertamente si esprime in proposito ancora lo SKENE op. cit. III p. 178-179.

⁵⁾ *Journal des Savants* 1887 p. 485. L'eredità per parentele è ammessa anche dal KOHLER op. cit. p. 214; p. 216.

Questo trovare, appena mi possa giovare di un espositore non succinto, ma disteso, che entra nei particolari e sa interpretarli, la comunità di famiglia associata a un'idea di parentela che la supera, e la parentela essere fonte di diritti successori e quindi patrimoniali per parti, suscita inevitabilmente in me il sospetto che le solite descrizioni succinte delle comunità di famiglia siano molto inesatte. Io temo assai che dalla prima all'ultima le comunità di famiglia non siano che associazioni di famiglie tenute insieme da un mero capo amministrativo. Il che sarebbe poi molto naturale. La famiglia, come complesso di ascendente e discendenti, ha radici così naturali e produce sentimenti così profondi che non può a meno di essere di gran lunga soverchiante. Anche il rapporto di sangue è un elemento naturalmente potentissimo; nè importa che il rapporto sia vero o finto, dal momento che il finto si uniforma di necessità al vero. Il sospetto suaccennato diventa in me più forte, considerando le norme, secondo le quali si determina il capo, di solito ispirate al bisogno di avere una persona autorevole e capace alla testa della comunità e dalle altre che domandano talora il consenso di tutti i comunisti capaci alle alienazioni del patrimonio della comunità. Le quali si spiegano meglio coll'appartenenza del patrimonio per parti ai singoli comunisti, colle pretese o colle aspettative ereditarie di loro, che non con l'idea di un patrimonio della comunità. Il capo avrebbe dovuto potere, se il patrimonio era del gruppo, alienarlo per la sua sola volontà, come poteva il *paterfamilias* romano. È un sospetto, s'intende, mero sospetto che avanza, per invitare a studi più profondi in materia, ma che mi sembra non senza giustificazione.

Dopo quanto sono venuto ragionando, io credo che, come è tornato il B. all'idea tradizionale di agnazione, vi vorranno tornare tutti i nostri romanisti. Il bello, originale libro del B. riuscì nella parte qui considerata quale poteva riuscire data la gioventù dell'autore e dato lo stato della scienza dei diritti familiari al tempo in cui lo scriveva. Quella doveva operare in lui come opera in tutti, a renderlo proclive cioè ad accogliere e giovare delle ultime asserzioni scientifiche. La scienza gli porgeva allora il limite della parentela al sesto grado in Roma e in tutto il mondo indogermanico, gli porgeva la comunità di famiglia con codesto limite di grado e i supremi consorzi gentilizi. Era inevitabile quindi che egli fosse tentato di trasportare nel pri-

mitivo diritto romano la triade: tribù, comunità di famiglia, famiglia, intendendole, per la sua educazione romanistica, tutte ugualmente come gruppi chiusi, come organismi, ciascuno col suo bravo capo e col suo patrimonio.

La maturità degli anni, la sincerità sua e il suo alto spirito scientifico lo hanno ora condotto a un parere diverso. Quanto ho scritto dimostra che il suo mutamento di opinione è in tutto fondato.

Il quadro che ci danno gli antichi o che si trae da loro, coll'aiuto della comparazione, dei consorzi romani è esatto; un gruppo pseudoparentale di fatto, ma inteso per tale: la *gens*; un vero gruppo parentale: la *familia proprio iure*. A lato all'uno e all'altro sta la parentela; il rapporto di agnazione con un *io*. La parentela favorisce la formazione di consorzii ereditarii per parti tra discendenti da un ascendente comune che cominciò coll'avere una propria economia domestica del tutto separata da quella d'altri. Tutto questo è romano ed è insieme indo-germanico.

Alla parentela e non alla *gens* conviene attribuire il diritto di vendetta, la facoltà di partecipare al tribunale domestico, anche questo in conformità della tradizione. Fenomeno di parentela è anche il consorzio ereditario fraterno.

Questo va detto oggi. È da augurarsi che gli studi sulle società primitive e sulle contemporanee che hanno i caratteri delle primitive siano approfonditi e siano condotti da giuristi, specialmente da giuristi con forte educazione romanistica e dotati di molto realismo, di molta critica e di poca o nessuna voglia di scoprire nuovi mondi d'idee e di fatti. Io accetterò i loro risultati anche se disformi da quelli, dati qui per certi od ipotetici, a cui sono venuto. Però io credo che difficilmente disformi saranno, almeno nell'essenziale.

Taviano Pistoiese, 8 settembre 1919.

SILVIO PEROZZI.

OSSERVAZIONI

SOPRA IL CONTRATTO DI VENDITA DI UN CAVALLO CONTENUTO IN UN PAPIRO EGIZIO

Devo alla cortesia del professore Girolamo Vitelli la comunicazione preventiva di un papiro latino, che pubblicasi nel sesto volume dei Papiri della Società italiana, sotto il n. 729, ricostruito e annotato dal prof. Luigi Schiaparelli. Trattasi di un documento del I secolo, e, probabilmente, per quello che le lacune nella datazione consentono di ristabilire, del 7 giugno o del 9 luglio dell'anno 77 dopo Cristo.

Si ha un caso di doppia redazione del documento, secondo un uso ben noto ¹⁾, e il frammento pubblicato sotto la lettera *b* appartiene, verosimilmente, alla *scriptio interior* del rotolo.

Gaio Valerio Longo, cavaliere dell'ala Apriana nell'esercito romano di Egitto, compra un cavallo nero di Cappadocia (razza assai riputata) al prezzo di MMDCC dracme auguste, da Gaio Giulio Rufo, centurione della XXII legione ²⁾.

Ecco il testo, nella lettura e la restituzione dello Schiaparelli:

¹⁾ WILCKEN, in *Archiv für Papyrusforschung*, VI, p. 387 sgg. Per l'uso medievale, di cui è probabile la connessione con questo antichissimo, GAUDENZI, *Le notizie dorsali delle antiche carte bolognesi*, etc., in *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, Sez. V, vol. IX, e *Sulla duplice redazione del documento italiano nel medio evo*, Firenze, 1908; PITZORNO, *La carta mater e la carta filia*, in *Nuovo Archivio veneto*, N. S. XXVII, parte II.

²⁾ Sull'esercito romano in Egitto, dati e bibliografia in MODICA, *Contributi papirologici alla ricostruzione dell'ordinamento dell'Egitto* (Roma, 1916), pag. 251 sg.

a.

- 1 [C. Valerius Longus eq(ues) ala Apria(na) emit equom
Cappadocem nigrum {n} dr(achmis) aug(ustis) $\infty \infty$ DCC
de C. Iul[io]
[Ruf]o (centurione) leg(ionis) $\overline{XX[I]I}$. Eum [e]quom esse,
bibere, ita uti bestiam ueterinam adsole[t], extra [..]
[.....edi]ctum descriptum quod palam corpore esset; et si
quis eum euicerit, tu[nc]
[quantum id erit, t(antam) p(ecuniam) ^{dup}_{simp}]l[am] uti a[d]so-
let p(robam) r(ecte) d(ari) stipul(atus) est C. Ua[l]erius,
spop(ondit) C. Iulius Rufus (centurio). Eas[q(ue)]
- 5 [dr(achmas) aug(ustas) $\infty \infty$ DCC d]ixit se accepisse et ha-
bere C. Iulius Rufus (centurio) ab C. Ualer[i]o Lo(ngo)
[em]tore, e[t]
[tradidisse ei s(upra)s(criptum) equom?].
[Actum [r[.,], VII idus iu[nia]s, imp(eratore)
Uespasiano $\overline{IIX}$, Domitian[o] caes(are?) f(ilio?) [V?]
co(nsulibus?) . . [. . . .]
[. . . . ?]

b.

- 1 [C. Valerius Longus eq(ues)] ala Apr(iana) emit equom [—
— le]g(ionis) . Eum equom esse, bi[bere] —
— des]crip[tum] q[uod] palam cor[pore] —
— ad]solet p(robam) r(ecte) d(ari) stipul(atus) est C.
[Valerius —
- 5 — ac]ce[pisse et ha]b[ere] C. Iulius [Rufus —

Come l'editore non ha mancato di rilevare, è questo il primo contratto di vendita di un cavallo che ci avviene di leggere. Tuttavia,

come non di rado avviene, giova meno il papiro ad integrare le notizie da noi già possedute, che non queste ad integrare quello.

Lo schema del contratto ci è perfettamente noto dalle tavolette cerate daciche (Bruns, *Fontes* 7, n. 130, 131, 132, 133) e dal papiro egizio del 24 maggio 166 (*British Museum*, n. CCXXIX), pure ricordato dallo Schiaparelli, oltrechè dai papiri diplomatici del Marini.

Due stipulazioni si susseguono: una prima relativa alla sanità dell'animale, e una seconda relativa alla garanzia dell'evizione. È da avvertire, ai fini della ricostruzione, che le stipulazioni dipendono ambedue da un unico verbo, o meglio unico gruppo di verbi (« *stipulatus est... - spondit* » della l. 4), poichè non c'è spazio nella scrittura per far sorreggere la prima da verbi suoi propri.

La prima stipulazione è di quelle note sotto il nome di azioni maniliane, è calcata cioè su quelle cautele relative all'acquisto degli animali, che aveva insegnato il vecchio giureconsulto repubblicano Manio Manilio, e che ci sono state tramandate da Varrone, *Rer. rust.* II, 2, 5 sg. (*de ovibus*), 3, 5 (*de capris*), 4, 5 (*de suibus*), 5, 10 sg. (*de bobus*), 6, 3 (*de asinis*), 7, 6 (*de equis*), 9, 7 (*de canibus*). Il venditore garantisce che il cavallo mangia e beve normalmente, come una bestia da tiro (ma anche da sella?). È una stipulazione usuale nella vendita di animali; Varrone, *r. r.* II, 3, 5: « *Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: 'illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque licere, haec spondesne?'* » (III, 7, 6: « *Emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus dominium in emptione mutatur, ut in Manilii actionibus sunt perscripta* »). Dig. 19, 1 de act. empti vend. 11, 4 (Ulp. 32 ad edictum): « *Animalium quoque venditor cavere debet ea sana praestari, et qui iumenta vendidit solet ita promittere 'esse bibere, ut oportet'* ». Segue la preposizione *extra*, alla quale verosimilmente doveva tener dietro l'indicazione di qualche cibo o pozione che il cavallo rifiuta: le lettere mancanti, secondo l'editore, sono due nella linea 2 e poi ancora otto o nove nella linea seguente. Si può supplire « *fenum* », « *ordeum* », « *furfurem* », parole probabilmente abbreviate, almeno nella desinenza.

La linea seguente dev'essere integrata approssimativamente così:

[*sanu(m) r(ecte) dictum descriptum quod palam corpore esset; rel.*

È la dichiarazione che l'animale è esente da vizi occulti. L'editore del papiro ha congetturato che si menzionasse espressamente l'editto degli edili, proponendo la restituzione « *edictum* » al principio della linea 3; per il che adduce il confronto col citato papiro del 24 maggio 166: « *eum puerum sanum esse ex edicto* ». Senonchè non sembra agevole o naturale il nesso grammaticale con codesto accusativo (« *secundum edictum* », « *iuxta edictum* » ?), nè lo spazio consente di inserire quant'altro ancora si domanda nella dichiarazione. La quale è certamente quella imposta dall'editto: e se ne ritrovano espressioni caratteristiche. « *Palam* »: cfr. fr. 1 § 1 de aedil. ed. 21, 1 « *Aiunt aediles: 'qui mancipia vendunt... palam recte pronuntiant'* » (Labeo apd. Ulp. 1 ad ed. aed. cur.); fr. 38 pr. eod. « *Aediles aiunt: 'qui iumenta vendunt, palam recte dicunt'* » (Ulp. 2 ad ed. aed. cur.). E mi par probabile l'endiadi « *dictum descriptum* », appunto pel ricorrere del verbo editale « *dicere* »: cfr. fr. 38 pr. citato, e ancora fr. 14 § 9 eod.: « *Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit...* »

Per quanto riguarda la restituzione della scrittura nella lacuna ch'è tra la fine della l. 2 e il principio della l. 3, rimango incerto fra la congettura avanzata sopra, che alla preposizione « *extra* » segua la indicazione di un cibo o un beveraggio che il cavallo rifiuta, con che l'eccezione si attaccherebbe alla dichiarazione che precede, e la congettura, non meno probabile, che l'« *extra* » preceda l'indicazione di una malattia o un vizio che costituiscano eccezione alla sanità dell'animale, tosto di seguito dichiarata; per esempio « *extra ulcus, vulnus, cicatricem, gallam, dentem putridum, castrationem* ». Sarebbe appunto, in questo caso, il « *nominatim excipere* » del testo di Ulpiano; e una corrispondenza letterale si ha nella stipulazione esemplificata da Varrone, II, 2, 6: « *recte sanum... extra luscam surdam minam* ». Lo spazio di otto o nove lettere, data anche la possibilità di contrazioni, evidentemente non offre elementi decisivi per ritenere o escludere una o l'altra di tali restituzioni.

Segue la stipulazione relativa alla evizione. La sua presenza è argomento per escludere che la vendita del nostro cavallo sia accompagnata da mancipazione: la mancipazione, dando luogo all'*actio auctoritatis* in caso di evizione, toglie la ragione d'una apposita cautela. Così che è da approvare l'editore che alla linea 6 supplisce « *tradi-*

disse ei suprascriptum equom », piuttosto che « *mancipio dedisse* ». Questa attestazione, non meno sicura per ciò che sia congetturale, della tradizione del cavallo attribuisce al nostro papiro un interesse singolare rispetto a una nota e vessata questione: se per l'alienazione dei cavalli, e più in generale degli animali che figurano nel novero delle *res Mancipi*, si praticasse la tradizione o occorressero i modi voluti dal diritto civile. Questione, come si sa, sorta dal confronto di luoghi di Varrone (*r. r.* II, 6, 3; 7, 6; 8, 3), dove si parla di tradizione a riguardo della vendita di asini, cavalli e muli e di testi giuridici (Gaio, I, 120; II, 14, 15; Ulpiano, *regul.* 19, 1), i quali enumerano codesti animali fra le *res Mancipi*¹⁾. Il nostro papiro non consente di sfuggir alla questione col congetturare che l'animale venduto fosse riguardato *nec Mancipi*, per ciò che ancora non fosse domato, secondo insegnava la setta dei proculiani (Gaio, II § 15); poichè il cavallo, venduto da un soldato a un altro, era con ogni verosimiglianza un cavallo già in servizio dell'esercito, e v'è per di più quella qualifica di « *bestia veterina* », che non è appropriata per un polledro.

La questione non si evita, dunque; e diviene più acuta perchè il nostro papiro non consente di lasciarla risolvere con la congettura caldeggiata dal più recente scrittore della materia²⁾, il quale vuole che Varrone di tradizione abbia parlato solamente nel senso di materiale consegna, la quale doveva del resto accompagnarsi anche alla mancipazione, e non anche nel senso di figura giuridica dell'atto di acquisto; sicchè la mancipazione sarebbe stata richiesta e praticata così ai giorni di Varrone, come più tardi quando scrissero Gaio ed Ulpiano. Un argomento a tale opinione, e non banale, si ritrovava proprio nel fatto che Varrone, nel riferire le formule per la vendita delle *res Mancipi*, omette ogni ricordo della clausola relativa all'evizione, mentre al contrario la richiama per le pecore, le capre e i porci,

¹⁾ Nel testo di Isidoro, *origin.* 9, 4, 45, i cavalli figurano come *mancipia*, ma non propriamente come *res Mancipi*, tant'è che si menzionano anche le pecore: « *Mancipium est quidquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, ovis. haec enim animalia, statim ut nata sunt, Mancipium esse putantur, nam ea quae in bestiarum numero sunt, tunc videntur Mancipium esse, quando capi sive domari coeperint* ».

²⁾ BAVIERA, *Nota alla dottrina delle 'r. m.' e 'nec m.'*, negli *Scritti giuridici*, vol. I (Palermo, 1909), pag. 77 e segg.

che sono *res nec Mancipi*¹⁾. Ora, proprio la stipulazione « *habere recte licere spondes* » è compresa nel nostro documento e fornisce argomento per escludere che del cavallo venduto dal centurione Giulio Rufo al soldato Valerio Longo si sia fatta la mancipazione. Il documento è, come si è detto, del primo secolo, anteriore dunque anche esso alle opere di Gaio e di Ulpiano che attestano la condizione di *res Mancipi* del cavallo, e quanto meno del cavallo domato. Offre dunque un grave argomento alla opinione sostenuta da quelli tra gli scrittori intervenuti nella disputa²⁾, i quali pensano che gli animali « *quae collo dorsove domantur* » abitualmente si alienavano mediante *traditio* già ai tempi di Varrone, — per riferire le parole del Mommsen, il quale fu di quest'avviso, — che « praticamente gli animali *r. m.* quanto *n. m.* si acquistavano mediante *traditio*, e che dell'atto solenne della *mancipatio* nella vita comune si faceva a meno »³⁾.

Decisivo, tuttavia, non è l'argomento: perchè il contratto segue in Egitto, dove meno facile doveva presentarsi alle parti adibire la cerimonia della mancipazione, la quale richiedeva vari personaggi, tutti cittadini romani; e perchè anche non sappiamo se ogni razza esotica di cavalli (i cavalli di Cappadocia non possono essere stati che d'importazione recente) si ricomprendesse nell'arcaico catalogo delle *res Mancipi*, e vi si ricomprendesse il cavallo ad uso della milizia, che non ha relazione con quella costituzione familiare e sociale alla quale evidentemente la distinzione di *r. m.* e *n. m.* si collega⁴⁾.

Il papiro ad ogni modo, per questo riguardo, accresce la probabilità che i trattati dei giuristi, d'indole scolastica e dommatica come i Commentari di Gaio e le Regole di Ulpiano, espongano un diritto per tanta parte superato dall'incalzare di pratiche diverse.

FILIPPO VASSALLI.

¹⁾ GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction* (Paris, 1884), pag. 17 seg., 61 seg., citato dal BAVIERA, *l. c.*, pag. 94.

²⁾ BYNKERSHOEK, *Opusc. de rebus Mancipi et nec Mancipi*, cap. 7 (in *Opera omnia*, Lugd. Batav., apd. Luchtmans, 1767, vol. I, pag. 337); BALLHORN-ROSEN, *Ueber domintum*, Lemgo, 1822, pag. 93 segg. (citato dal Bonfante e dal Baviera, *l. cc.*); BONFANTE, *Res Mancipi et nec Mancipi* (Roma, 1888), pag. 111 segg.

³⁾ Riferito, in base a una comunicazione privata, dal BAVIERA, *l. c.*, pag. 82.

⁴⁾ BONFANTE, *op. cit.*, passim, e particolarmente pag. 312.

INDICE DEL VOLUME XXXI

ALBERTARIO E. — Iustum pretium e iusta aestimatio . . .	Pag. 1
COSTA E. — Il conato criminoso nel diritto romano	20
RICCOBONO S. — La forma della stipulatio. A proposito del fr. 35 § 2 D. 45, 1	29
LONGO C. — Sulla « in diem addictio » e sulla « lex commissoria » nella vendita	40
SOLAZZI S. — L'origine storica della rescissione per lesione enorme	51
PEROZZI S. — Parentela e gruppo parentale	88
VASSALLI F. — Osservazioni sopra il contratto di vendita di un cavallo contenuto in un papiro egizio.	144

26.
✓

K
9
S75
anno
30-31

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bulettno

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
